الملكية كوسيلة للضمان

الأحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان
نقل الملكية على سبيل الضمان

دكتور
نبيل إبراهيم سعد
أستاذ القانون المدنى
كلية الحقوق ـ جامعة الإسكندرية
والمحامى بالنقض

2007

دار الجامعة الجديدة
٣٨ شارع سوتير ـ الأزاريطة
ت : ٤٨٦٨٠٩٩ ـ الإسكندرية

الملكية كوسيلة للضمان

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ ..... وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ ﴾

صدق الله العظيم

(سورة يوسف الآية: ٧٦)

مقدمـــة

منذ القانون الرومانى والصراع محتدم بين الملكية كوسيلة للضمان وبين التأمينات العينية بالمفهوم الحديث. هذا الصراع إتسم بنوع من الجدلية، أى كان يتسم بالمد والجزر. فاتجه الإنسان بفطرته إلى الملكية لتوظيفها كوسيلة للضمان، ثم ما لبث أن تكشف له عيوب هذه الوسيلة فبدأت تحل محلها الحيازة، فظهر الرهن الحّيازى، ثم بلغ التطور ذروته ليظهر الرهن الرسمى أو الرهن بدون نقل حيازة بصفة عامة. لكن على إثر تطورات اقتصادية واجتماعية معينة كان هناك ردة إلى الأنظمة البدائية فى الضمان، كالملكية والحيازة. هذا ما سنراه تفصيلاً فى الفقرات التالية:

١- جدلية التطور في نطاق التأمينات وانعكاساتها:

فى الواقع إن تطور التأمينات العينية قد خضع، بصفة عامة، لجدلية معينة تتجلى أهم مظاهرها فى:

١ – الانتقال من التبسيط إلى التعقيد ثم من التعقيد الى التبسيط وهكذا. فمن التصرف الائتمانى الى الرهن الرسمى ومن الرهن الرسمى الى التصرف الائتمانى.

٢ – الانتقال من التزايد إلي التناقص ومن التناقص الى التزايد. فقد بدأت التأمينات العينية متعددة ثم ظهرت فكرة الحقوق العينية التبعية وإنحصارها فيها، ثم تعددت الضمانات، بعد ذلك وتجاوزت فكرة الحقوق العينية التبعية.

وكذلك فان تطور الصياغة القانونية فى هذا الصدد قد إتسم أيضا بالجدلية[1]. فالتأمينات العينية قد مرت بثلاث مراحل: التصرف الإئتمانى، ثم الرهن الحيازى، ثم الرهن الرسمى. فى الوقت الحاضر يبدو أنها قد عادت الى شكلها البدائى، الملكية.

(1) J. Ph. Lévy, coup d'oeil historique sur le sûretés réelles, Rev. d'histoire du droit, 1987, p. 231.

فى الأصل، فى القانون الرومانى القديم كما هو فى القانون اليونانى التقليدى، كان التصرف الائتمانى هو أول أنواع التأمينات العينية التى عرفتها هذه القوانين. هذا التصرف الائتمانى يمنح للدائن حق الملكية ذاته على سبيل الضمان. ويرجع ذلك إلى أنه فى المجتمعات البدائية كان من الصعب تصور حقوق عينية أخرى غير الملكية. وعلى ذلك فكانت الملكية تمنح للدائن حتى يقوم المدين بالوفاء، فاذا تم الوفاء يعيد الدائن الملكية إلي المدين. بطبيعة الحال يعتبر هذا الضمان ضمانا فعالا ويستجيب تماما إلي مبدأ الفعالية الذى يحكم التأمينات.

لكن هذا الضمان يصطدم بثلاث عقبات رئيسية: أولا، إسراف فى الائتمان وذلك على عكس مبدأ الحد من التأمينات. فإذا كان المال المتصرف فيه أكبر من قيمة الدين فإن المدين لا يستطيع أن يستفيد من هذا المال لاستخدامه كضمان لديون أخرى.

ثانيا: المخاطر التى يتعرض لها المدين، حيث هناك مخاطر عدم إحترام الدائن لهذه الثقة التى منحها له المدين بأن لايرد له المال أو أنه يتصرف فيه إلى الغير فهذا الضمان لا يعطى المدين دعوى إسترداد ولكن يقنع المدين بما يوليه للدائن من ثقة.

ثالثا: تجريد المدين من الحيازة، وما يترتب على ذلك من حرمانه من الانتفاع بهذا الشيء.

الوسيلة البدائية الثانية تتلخص فى أن تبقى ملكية المال لمدين ويقتصر الأمر على إعطاء حيازة المال للدائن. وهذا ما يعرف بالرهن الحيازى. وقد كانت هذه الوسيلة شائعة فى القوانين البدائية. كما أن هذه الوسيلة يمكن أن ترد على عقارا وعلى منقول أو على شخص. ويخول الرهن الحيازى للدائن الانتفاع بالشيء المرهون والحق فى تملك ماينتج عنه من ثمار.

ففى قوانين الافلاس الحديثة[1] لم يعد هدفها عقاب المدين غير الأمين، أو حتى الوفاء للدائنين وإنما أصبح الهدف هو محاولة إنقاذ المؤسسات مما تتعرض له صعوبات.

وقد ترتب على هذه الفلسفة الجديدة لقوانين الافلاس، أن تراجعت فعالية التأمينات العينية فى حالة إفلاس المدين وذلك لحساب بقاء المؤسسات والاحتفاظ بالعمل للعمال. ولذلك فقد أصبح القانون فى صف الدائنين الذين يسمح تعاونهم باستمرار المؤسسة، أى الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد حكم افتتاح الاجراءات، فهؤلاء يحصلــون عــلي حــقهم بالاولوية عن كل الدائنين الآخرين سواء كان هؤلاء مزدون بامتيازات أو بتأمينات أم لا، باستثناء حقوق الأجراء. فى الوقت الحاضر أصبح من الأفضل أن يكون الدائن دائنا لاحقا، حتى ولو كان عاديا، من أن يكون دائنا سابقا مزودا بتأمين عينى.

وقد كانت النتيجة المباشرة لهذه القوانين الحديثة تراجع التأمينات العينية التقليدية الرهن الرسمى، والرهن الحيازى، بدون حيازة..الخ وظهور ضمانات بدائينة ترتكز أساسا على الحيازة (الحق فى الحبس، الرهن الحيارى العقارى)[2]، أو على الملكية (شرط الاحتفاظ بالملكية، الإيجار الائتمانى، التصرف الإئتمانى).

وعلى ذلك فقد أدت هذه التطورات الحديثة إلي العودة، دون قيد أو شرط، إلى المنبع، الى قانون الالتزامات، وقانون الأموال، فقد لجأ العمل الى الوسائل الاتفاقية ليوظف الاحتفاظ بالملكية أو نقل الملكية لتحقيق نوع من

(1) Ph. Malaurie, L. Aynés, les sûretés, op.cit., no. 409 p. 126.

(2) R. Tendler, l'antichrèse, mythe ou réalité, D. 1989, chr. 22, p. 143.

الضمان يفوق فى فعاليته التأمينات العينية التقليدية. ولذلك لم تعد الملكية غاية فى ذاتها وإنما أصبحت وسيلة لتحقيق غاية أخرى وهى الضمان.

والذى يجب علينا أن نوضحه منذ الآن أن هذه الضمانات وذلك خلافا للتأمينات العينية، تعتبر أثرا لمركز محدد أو لمجموعة من الروابط أو لطبيعة هذه الروابط. بينما نجد أن التأمينات العينية تضاف الى رابطة الالتزام ولا تعد بحال من الأحوال أثر لهذه الرابطة، وتنشأ عن مصدر مختلف ومستقل عن هذه الرابطة، كالاتفاق، أو القضاء أو القانون.

هذا التطور يرجع الى أن تزايد أهمية الائتمان فى العصر الحديث وإتساع نطاقه قد أدى الي الاقبال المتزايد على الضمانات فالحاجة الى الآمان أصبحت حاجة عصرية عميقة.

٢- الملكية كوسيلة للضمان وأحكام القانون الوضعي:

فى القانون الفرنسى كانت هناك صعوبة فى إعتبار الملكية نوعا من التأمينات وذلك لاعتبارات نظرية واعتبارات عملية:

أ- بالنسبة للاعتبارات النظرية:

١- اول هذه الإعتبارات أن التأمينات العينية واردة على سبيل الحصر، وبالتالى لا تأمين عينى دون نص. وخاصة وأنه لا يوجد أى نص يجعل من الملكية تأمينا عينيا. هذه الحجة ليست حاسمة. فإذا كانت إرادة الأطراف قاصرة عن أن تنشىء تأمينا عينيا، بالمعنى الفنى الدقيق، إلا أنها تستطيع طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية أن تنشىء ضمانات تبعية قابلة للانتقال ويمكن أن تنتج آثارا قريبة من آثار التأمينات[1]. والمشكلة الحقيقيةَ تكمن فقط فى كفالة وسيلة شهر وعلانية بهذه الضمانات كما فعل قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ بالنسبة لشرط الاحتفاظ بالملكية.

٢- الاعتبار الثانى يتمثل فى تعارض طبيعة حق الملكية كحق عينى أصلى مع إستخدامه كحق عينى تبعى - فحق الملكية مرتبط باستغلال الشيء والحصول على منافعه الاقتصادية، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وهذا لا يمكن أن يكون محلا لأى ضمان فى الواقع. هذا النوع من الضمان لا يخول للدائن كل خصائص ومزايا الملكية، حيث أن إستغلال المال يظل على عاتق المدين.

٣- عدم الملائمة، ففاعلية الضمان الذى تعطيه الملكية يؤدى الى التضحية بمصالح الدائنين الآخرين، كما أنه يؤدى الى تبديد إئتمان المدين دفعة واحدة.

ب- بالنسبة للاعتبارات العملية: تتمثل هذه الاعتبارات فيما يلي:

١- إجراءات الشهر والعلانية لهذا النوع من الضمانات إما بدائية أو غيرموجودة وخاصة وأن التأمين العينى الخفى يشكل إعتداءا صارخا على الإئتمان.

٢- بقاء الدائن مالكا يتضمن مخاطر التصرف فى المال، خاصة فى حالة انتقال الملكية على سبيل الضمان.

٣- انتقال الضمان تبعا لانتقال الدين المضمون يبدو فى نظر البعض، أمرا صعبا. لذلك ينبغى لتسهيل تداول الحقوق أن يكون فى الاستطاعة أن يتبع التأمين الدين الضممون، بمعنى الاحتجاج بالشروط العقدية المتضمنة هذا الضمان.

٤- إذا كان قد تم حماية الدائن جيدا فى مواجهة الدائنين الآخرين إلا أنه

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit., no. 406. p. 123.

لم يتم حمايته فى مواجهة المدين نفسه، حيث أن هذا الأخير يحوز الشىء ويستغله ويمكن نقله بل وتدميره.

وبالرغم من ذلك فإن أيا من هذه الاعتراضات لم تمنع الملكية بعد ما أفرغت من حق الانتفاع والمزايا الاقتصادية لشىء، وبعد ما إنحصرت فى حق على القيمة، من أن تلعب دور الضمان. من ناحية أخرى بصدد شرط الاحتفاظ بالملكية فإنه قد سمح به تدريجيا فى القانون الوضعى[1].

٤- خطة الدراسة:

فى قانون الأموال سنجد أنه قد تم توظيف الاحتفاظ بالملكية ونقل الملكية لتحقيق نوع من الضمان يفوق فى فعاليته التأمينات العينية التقليدية. وهكذا لم تعد الملكية غاية فى ذاتها وإنما أصبحت، فى هذا الصدد، وسيلة لتحقيق غاية أخرى، وهى الضمان.

ولذلك سوف تنقسم دراستنا فى هذا الباب الى فصلين رئيسيين:

الفصل الأول: الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان.

الفصل الثانى: نقل الملكية على سبيل الضمان.

---

(١) انظر قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ فى فرنسا انظر نص المادة ٤٥٥ من التقنين المدنى الالمانى، والمادة ٤٣٠ من التقنين المدنى المصرى.

الفصل الأول

الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

الحياة العملية قد جعلت البائع – المورد يبحث عن ضمان سهل وبسيط وقوى فى نفس الوقت فوجد كل ذلك فى شرط الاحتفاظ بالملكية كما أن العوامل الاقتصادية قد أفرزت بعض انواع من العقود تحقق من بين أهدافها نوعا من قبيل هذا الضمان للدائن. من هذه العقود التى أصبحت شائعة فى وقتنا الحاضر عقد الإيجار الائتمانى وعقد البيع الإيجارى أو عقد الإيجار المتضمن وعدا بالبيع.

ولندرس هذه الوسائل على التوالى.

المبحث الأول: شرط الاحتفاظ بالملكية

ولدراسة شرط الاحتفاظ بالملكية ينبغى علينا أن نعرض أولا، لماهية شرط الاحتفاظ بالملكية، ثم نعرض بعد ذلك لما يحققه هذا الشرط من ضمان.

المطلب الأول: ماهية شرط الاحتفاظ بالملكية

في هذا الصدد يجب أن نعرض أولا للتعريف بشرط الاحتفاظ بالملكية، ثم نبين بعد ذلك الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية.

أولا: التعريف بشرط الاحتفاظ بالملكية

سنتكلم فى خصوص هذا التعريف عن تحديد المقصود بشرط الاحتفاظ بالملكية ونبين حكمه، ثم بعد ذلك نتعرف على آثار هذا الشرط على نطاق الحقوق العينية.

١- المقصود به وحكمه:

شرط الاحتفاظ بالملكية اتفاق بمقتضاه يحتفظ البائع بملكية الشيء المبيع، ولو تم تسليمه، إلي أن يستوفى كامل الثمن[١].

وهذا الانفاق يعتبر صحيحا طبقا لنص المادة ١/٤٣٠ مدنى مصرى والتى تنص على أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشترى موقوفا على استبقاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع.

كما أن التقنين المدنى الالمانى قد نظم هذا النوع من البيوع فى نص المادة ٤٥٥ حيث ينص على أنه عندما يحتفظ البائع بملكية المنقول حتى الوفاء بالثمن، يعتبر ذلك، فى حالة الشك، نقلا للملكية معلقا على شرط واقف، وهو دفع كامل الثمن مع إحتفاظ البائع بحق فسخ العقد إذا تأخر المشترى فى هذا الوفاء[٢].

أما بالنسبة للقانون الفرنسى فان الفقه فى مجموعه يرى أن هذا الاتفاق صحيح أيضا وذلك لأن نص المادة ١٥٨٣ ونص المادة ١١٣٨ مدنى فرنسى واللذان يربطان نقل الملكية بانعقاد البيع، ليسا من القواعد الآمرة[٣]. وبعد ما إنتشر شرط الاحتفاظ بالملكية فى العمل إضطر المشرع الفرنسى الى التدخل لتنظيم أثر هذا الشرط وبصفة خاصة فى حالة إفلاس المشترى بالقانون رقم ١٢ مايو ١٩٨٠.

---

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretes, op.cit., no. 745, p.239.

(2) M. Pédamon, la réserve de propriéte en droit Allemand et en Droit Français, in Rev. jur com. numéro spécial fév, 1982, p.57.

(3) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit., no. 754, p.240.

٢- آثار شرط الاحتفاظ بالملكية على نطاق الحقوق العينية:

فى الواقع أن هناك تساؤلا يطرح نفسه، ماهو المركز القانونى لكل من البائع والمشترى قبل الوفاء بكامل الثمن؟

فى القانون الفرنسى يرى الفقه أن عقد البيع المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية ينقل بعض خصائص الملكية فى شكل حق عينى الذى يتحتم تحليله على أنه تجزئة لحق الملكية. والسؤال الذى يطرح نفسه هو معرفة ما إذا كان من الممكن تجزئة حق الملكية فى حقوق عينية أخرى غير الحقوق العينية المعروفة والمنظمة فى القانون المدنى؟ فهل شرط الإحتفاظ بالملكية ينقل عملا الى المشترى حق إستعمال البضاعة فى الوقت الذى يمتنع فيه عليه التصرف فيها، سواء كان هذا التصرف بالتحويل أو بالبيع؟

بالنسبة للقضاء عادة يشار الى حكم قديم جدا صادر من غرفة العرائض فى ١٣ فبراير ١٨٣٤[١]، قد وضع المبدأ الآتى: أن نصوص المواد من ٥٤٤ – ٥٤٦ من التقنين المدنى تعتبر نصوصا مقررة للشريعة العامة وخاصة فيما يتعلق بطبيعة وآثار الملكية، ولكن لا تعتبر نصوصا تحريمية: فهذه النصوص أو أى نصوص واردة فى تشريعات أخرى لا تستبعد ما يمكن أن يتعرض له حق الملكية العادى من تعديل أو تجزئة

بالنسبة للفقه، نجد أن الفقهاء الذين يسمحون بتجزئة حق اللمكية الى حقوق عينية جديدة يستندون الى مبدأ الحرية التعاقدية[٢]. ومع ذلك يقرر هؤلاء الفقهاء أن هذه الحرية لم تستعمل لا فى العمل ولا من جانب القضاء[٣]. حتى بالنسبة للاحكام التى يستشهد بها هؤلاء فى صالح حرية

---

(1) S. 1834 I. 205, D.P. 1834, I. 118 et D. Jur. gen. V. Propriété no. 68 note I.

(2) Cf. chr. Atias, Droit civil les biens, vol. I. 1980, p. 61 et s, J. Derruppé, la nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réeles et des droit de créance, thèse Toulouse, 1952, préface, J. Maury no. 257, p. 295.

(3) V. Chr. Atias, op.cit., qui déplore ce faité .

إنشاء حقوق عينية جديدة فانها تقتصر على السماح بإمكانية فصل ملكية العلو عن ملكية السفل، ويقر فكرة الملكية المشتركة، أو فصل ملكية المنتجات أو الثمار الناشئة على نفس الأرض. بعبارة أخرى إن الحقوق العينية التى يبدو أن هذه الأحكام تسمح بإنشائها تكون نتيجة لتجزئة حق الملكية الى حقوق من نفس النوع، كحق ملكية السطح، أو أى شكل من أشكال الملكية المشتركة(١). كما أن الحرية التعاقدية فى إنشاء حقوق عينية يصطدم بعقبتين أولا: طالما أن الأمر يتعلق بحق عينى مطلق فإنه يقع على عاتق الكافة التزاما باحترامه. وهذا يصطدم بمبدأ نسبية أثر العقد المنشىء له.

ثانيا: إن إنشاء حقوق عينية مرتبط بصفة عامة بتوافر وسائل فنية حديثة للشهر أو العلانية وذلك حتى يتسنى للغير العلم به(٢). هذه الإجراءات لا يمكن أن تتم، بصفة عامة، إلا بالنسبة للحقوق والتصرفات التى تتضمنها الطوائف المنصوص عليها فى القانون(٣).

وقد ضاف البعض أن الحرية التعاقدية تصطدم فى هذا المجال بالنظام العام المتعلق بطريقة مباشرة بوسائل إنتقال الأموال وسلامة الاتفاقات مما يجعل من الصعب فهم إستطاعة الاطراف إنشاء حقوق قابلة لاحتجاج بها فى مواجهة الكافة بمحض إرادتهم وقد استشهد هؤلاء الفقهاء بقانون أول يونيو ١٩٢٤ والذى نص، بصدد الالزاس واللورين، على أنه لا يعتد بالحقوق العينية العقارية إلا بما نص عليه القانون الفرنسى فقط(٤).

---

(1) J. Ghestin, la clause de réverse de propriété , Rapport de droit civil, in actualités de droit de l'entreprise, t. 12, p.39.

(2) G. Marty, P. Raynaud, Droit Civil, T.II, Vol. I les beins no.8.

(3) A. Weill, Droit civil, les biens, no.10.

(4) A. Weill, op.cit, no. 10, CF Paris, 2 mars 1979, J.C.P 79 II. 19351 note Plaisant, qui peut sembler aller en ce sens.

هذا الخلاف يكشف عن السؤال المحورى وهو معرفة كيف يمكن أن ينشىء العقد حقا مباشرا على الشىء يحتج به فى مواجهة الكافة، بالرغم من نسبية آثاره، أي أنحصارها فى الاطراف المتعاقدين[1].

وفى **القانون الالماني**[2]: نجد أن هناك إجماعا فى الفقه على أن المتصرف اليه، فى البيع المتضمن الاحتفاظ بالملكية، لم يصبح بعد مالكا ولكنه صاحب حق يسمى بالالمانية Anwartschaftsrecht على البضائع المتنازع عليها. لكن ماهى خصائص هذا الحق وماهى طبيعته القانونية؟

بالنسبة لخصائص هذا الحق يرى بعض الفقهاء أن خصائص هذا الحق تنحصر فى حيازة البضائع ورخصة التصرف فى نفس هذا الحق. بالنسبة للبعض الآخر يرى أن مكونات هذا الحق تنحصر فى الحق فى الحيازة والحق فى الاستعمال أو التمتع بهذه البضائع.

أما بالنسبة لطبيعة هذا الحق، الفقه يتفق فيما بينه على أن هذا يعتبر حقا شخصيا فى مفهوم المادة ٨٢٣ من التقنين المدنى الالمانى، وبالتالى يستطيع المتصرف اليه أن يطلب حمايته على أساس المسئولية التقصيرية إذاما إعتدى عليه أحد من الغير[3].

لكن بعض الفقهاء يرى أن هذا الحق ليس حقا عينيا وإنما هو حق ذو طبيعة خاصة وسط بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية. بينما يذهب البعض الآخر، وهو ما يمثل الرأى السائد ، إلى أن هذا الحق يمثل حقا عينيا

(1) V.Y. Loussouarn, le transfert de propriété par l'effet des contrats, cours doctorat, Prais, 1969, 70 p. 13et s.

(2) M. Pédamon, la réserve de propriété en droit allemand, Gaz. Pal. 1981. , 4-6 Janv.

(3) M. Pédamon, op.cit., in Rev. jur, com févr. 198, p. 58.

حقيقيا حتى ولو كان تابعا لعقد البيع، (حيث يختفى هذا الحق إذا لم يدفع الثمن)[1].

القضاء الالمانى يعتنق الرأى الأخير ويسير عليه ويستخدم فى هذا الصدد تعبيرات ذات دلالة حق مقارب للحق فى كامل هيئته مجرد مرحلة للملكية، هذا الحق لا يعدو أن يكون حقا للملكية ولكن فى درجة أقل وإن كان من نفس الطبيعة.

بالنسبة للعمليات القانونية التى يمكن أن يؤدى اليها هذا الحق تتطابق تماما مع هذا التفسير. فى الوقت الحاضر ليس هناك منازعة حول أن المتصرف اليه يستطيع أن يتصرف فى هذا الحق طبقا لوسائل نقل الملكية وليس طبقا لوسائل حوالة الحق. وإذا تم الوفاء بكامل الثمن فان حق الملكية ينتقل مباشرة من المورد الى المتصرف اليه الثانى دون أن يمر بذمة المتصرف اليه الأول. كما أن الحجز الذى يقوم به أحد دائنى المتصرف اليه الأول قبل الوفاء بالثمن لا يمكن أن يضر بالمتصرف اليه الثانى، لأنه لا يحتج به فى مواجهته[2].

كيف نأخذ فى الإعتبار كل هذه الحلول التى تنم على اكتساب هذا الحق Anvartschaftsrecht لصفات الحق العينى، وتعد شاهدا، بالنسبة للبعض منها، على قيمته الاقتصادية المتزايدة بحسب مايتم من وفاء الثمن من جانب المتصرف اليه.

أمام ذلك قد قدم بعض الفقهاء فكرة ازدواجية حق الملكية على نفس الشىء. وجوهر هذه الفكرة يدور حول أن خصائص كل من الحق

(1) M. Pédamon, rapport précité, p. 58.
(2) M. Pédamon , rapport précite, p. 59.

المتصرف اليه وحق المورد تعتبر فى حقيقتها من نفس الطبيعة[1]. ولكن قد لاحظ أحد الفقهاء، أن كلا من المورد والمتصرف اليه ليس لديهما معا من الخصائص أكثر مما هو لدى المالك العادى. فهما معا المالك والمركز القانونى للاول قد إنتقص بما آل للثانى من سلطات

البعض الآخر من الفقهاء، وهم عديدون، تحدثوا عن إنقسام أو قسمة لحق الملكية. قسمة كمية. ترد على جزء من هذا الحق، دون أن يؤدى مع ذلك، دفع كل قسط جديد عند إستحقاقه الى إنتقال إضافى. قسمة كيفية، ترد على خصائص الملكية، الخصائص التى تتعلق بالضمان وبالتصرف فى الحق تبقى للمورد، والخصائص التى تتعلق بالحيازة والاستعمال أو التمتع بهذا الحق تنتقل الى المتصرف اليه. فحق المتصرف اليه يدخل فى طائفه الحقوق العينية المحددة. ونتيجة لذلك يدخل بعض الفقهاء حق المتصرف اليه ضمن طائفة الحقوق العينية الواردة على سبيل الحصر[1].

لكن يتساءل Raiser، عن المبدأ أو المعيار الذى تمت طبقا له هذه القسمة. ويبدى هذا الفقيه تشككه بصدد هذا التحليل وينازع فى نقطة البداية. كما يلاحظ أن القانون الالمانى للاموال، وهو مستوحى من القانون الرومانى، الذى يفتقر إلي الافكار القانونية المجردة، ينظم بصفة اساسية مراكز دائمة، ولهذا السبب فان طبيعته الاساسية هى الثبات Statique مما يجعله يجهل عنصر الزمن. وعلى هذا فإنه ينبغى، بالنسبة له، أن يؤخذ الوضع فى الاعتبار من منظور الحركة Dynamique، من زاوية الاستخلاف الذى يتم على نفس الحق بين صاحبين، بين المالك السابق والمالك اللاحق، فحق الترقب أو التمنى le droit expectative يمثل مرحلة إنتقالية فى التطور التدريجى لفقدان الحق من جانب مالكه القديم وإكتساب هذا الحق من

---

(١) وقد تأثر العلامة السنهورى بهذا الرأى عند التعليق على المادة ١/٤٣٠ مدنى مصرى.

(2) M. Pédamon, op.cit., p. 59.

جانب مالكه الجديد. هذا التطور يصل الى منتهاه، عندما يتم دفع كامل الثمن(١).

- إتجاه حديث في الفقه الفرنسي: على ضوء موقف كل من القانون الالمانى والفرنسى من شرط الاحتفاظ بالملكية حاول بعض الفقهاء أن يقدم تحليلا جديدا لمركز المتصرف اليه فى البيع المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية.

نقطة البداية عند هذا الرأى هى عرض التحليل التقليدى والذى يتلخص فى أن المورد يحتفظ بحق الملكية بينما المتصرف اليه لا يستطيع أن يمارس أى سلطات على البضاعة التى سلمت اليه إلا بناء على سند، إشتراط تعاقدى، (عارية، إيجار) يعنى بناء على حق شخصى.

ويتساءل أصحاب هذا الرأى عن مدى إمكانية اعطاء هذه السلطات فى يوم من الايام على أساس من الحق العينى، حق عينى للاستعمال باعتباره جزء من حق الملكية، والذى لا يختلط بحق الاستعمال الوارد فى نصوص المواد ٦٢٥ ومابعدها من التقنين الفرنسى والذى هو تصغير لحق الانتفاع.

ويستند هذا الرأى الى أنه إذا كان حق الملكية يقوم على أنه مجموع من الحقوق، حق الاستعمال jus utendi، وحق الانتفاع jus fruendi وحق التصرف jus abutendi، فليس بعيدا عن التصور إذن أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية له أثر وهو فصل هذه المجموع(٢)، الأول منه ينقل الى المتصرف إليه، الذى يصبح صاحب حق فى الاستعمال، كصاحب حق

---

(1) M. Pédamon. op.cit.. p. 55.

(٢) هناك فرصة أخرى لهذا الانفصال أو على الأقل لترتيب أحد هذه الخصائص لحق الملكية، مثل الهبة المقترنة بشرط عدم التصرف، الوعد بالبيع أنظر M. Pédamon. op.cit.. p. 63. note 45.

الانتفاع، فيكون صاحب حق فى الاستعمال وصاحب حق فى التمتع بالأموال التى بين يديه، وهذا بخلاف حق الاستعمال كحق عينى تقليدى لايعطى لصاحبه ولاسرته الخاصة الا ما يحتاجا إليه. كما إنه لايجوز النزول عنه الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى وينقضى بوفاة صاحبه (م ٩٩٦ - ٩٩٨ مدنى مصرى) .

هذا التحليل يتسم بالتأكيد بالجرأة. ويصطدم باعتراضات صيغت بطريقة تقليدية ضد الحرية التعاقدية فى إنشاء الحقوق العينية على النحو السابق ذكره، والتى تتضمن فى عدم قدره العقد على إنشاء الالتزام العام الذى تتميز به الحقوق العينية بسبب نسبية أثر العقد، وإستحالة إتمام الإجراءات اللازمة للعلانية حتى يتحقق بها الاحتجاج فى مواجهة الغير.

وقد تولى صاحب هذا الرأى تفنيد هذه الاعتراضات ، بالقول بأنه فى مسائل المنقول، الحيازة تقوم مقام العلانية اللازمة لاعلام الغير، وهكذا فإن بيعا متضمنا شرط الاحتفاظ بالملكية يتعاصر معه دائما تسليم البضاعة محل النزاع. كما أن الأمر لا يتعلق بانشاء حق عينى جديد ولكن مجرد تجزئة لحق الملكية.

هذا الرأى يعتقد أن الفقه الغالب والقضاء فى أحكامه القديمة، يبدى قبولا لهذا التجديد وذلك الترتيب ففى مطول Planiol et Ripert et Picard قد كتب أن الحق العينى أنشىء هكذا لا يمكن إلا أن يكون تجزئة لحق قديم وأن القانون نص على أغلبية صور هذه التجزئة ولكن يمكن أن نتصور غيرها. وقد أكدت دائرة العرائض هذا المعنى فى حكمها الصادر فى ١٣ فبراير ١٨٣٤ والسابق الإشارة إليه.

وعلى ذلك ينتهى هذا الرأى الى أنه ليس هناك مايمنع فى فرنسا من تشجيع التطور الذى يؤدى الى ماوصل اليه جيرانها من إقرار حق Anwartschaftsrecht. ويعتقد أصحاب هذا الرأى أن هذا التحليل له عدة

مزايا، أولها: توافق الحقيقة الاقتصادية مع القانون. ففى أى شىء يستخدم إستلام أدوات التجهيز المباعة تحت شرط الاحتفاظ بالملكية إذ المتصرف اليه لا يستطيع إستعمالها. وثانيها، الأخذ فى الإعتبار الطابع الديناميكى وليس الطابع الثابت، المنظور وليس الحال لكل عملية. وثالثها، الأخذ فى الإعتبار الحالة النفسية للمتصرف اليه الذى يعتبر نفسه كمالك من كل الوجوه وليس مجرد واضع يد ملتزم بالرد. علاوة على قبوله طواعية الأعباء والضغوط التى يفرضها عليه المورد بطريق التعاقد، كنقل المخاطر، وتأمين المخاطر، وتأمين المسئولية، والالتزام بالمساعدة..الخ. رابعها، إخراج مركز المتصرف اليه من نطاق القوة الملزمة، من نطاق الروابط التعاقدية التى وضع فيها أساسا فى الوقت الحاضر. كما أن هذا الرأى يمكن ان يساهم فى حل مشكلة مدى إنتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية الى الغير على النحو الذى سوف نراه[1].

فى القانون المصرى: تنص المادة ٤٣٠/١ مدنى على أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشترى موقوفا على إستيفاء الثمن كله ولو تم التسليم.

وقد جاء فى المذكورة الايضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد تجيز المادة أن يشترط البائع، إذا كان الثمن مؤجلا، أن يحتفظ بالملكية الى أن يستوفى الثمن حتى لو سلم المبيع قبل ذلك. وهذا ضمان تلجأ اليه عادة الشركات التى تبيع سلعها بالتقسيط – كالالات وعربات النقل والاراضى التى تباع بأثمان مقسطة. فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أبلغ فى الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد إنتقلت[2].

---

(1) M. Pedamon, op.cit., p. 63, 64.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٤، ص ٤٩.

ويرى الفقه المصرى أن المشترى يكون مالكا للمبيع تحت شرط واقف وذلك قبل أن يتم الوفاء بكامل الثمن. ولا يمنع من وقف ملكيته أن يكون قد تسلم المبيع، فالذى إنتقل اليه بالتسليم هو حيازة المبيع، أما الملكية فانتقلت اليه بالبيع موقوفة. ولكن ذلك لا يمنع المشترى من أن يتصرف فى هذه الملكية الموقوفة، ويكون تصرفه هو ايضا معلقا على شرط واقف فيجوز له أن يتصرف فى المبيع بالبيع والرهن، ويكون المشترى من المشترى مالكا تحت شرط واقف، كما يكون للمرتهن حق رهن على شرط واقف.

وإذا كان المبيع منقولا – كما هو الغالب – وتصرف فيه المشترى تصرفا باتا لمشتر حسن النية لا يعلم أن ملكية المشترى معلقة على شرط واقف، فقد تملكه المشترى من المشترى تملكا باتا بموجب الحيازة. ولا يعتبر المشترى فى هذه الحالة مبددا، فالتبديد يقتضى قيام عقد معين – الايجار أو العارية أو الوديعة أو الرهن –وليس البيع بالتقسيط من بين هذه العقود.

ولو أفلس المشترى، والشرط لا يزال معلقا، كان الباقى من الثمن دينا فى التفليسة يزاحم فيه البائع سائر دائنى المشترى إذ لا يكون إمتياز البائع ساريا فى حق التفليسة ولا يستطيع البائع من جهة أخرى أن يسترد المبيع من التفليسة. فهذان أمران يجريان على غير مايشتهى البائع: عدم اعتبار المشترى مبددا إذا تصرف فى المبيع، وعدم استطاعة البائع استرداد المبيع عينا من التفليسة[١].

هذا التفسير يتسم بتبسيط للأمور، ويجرد شرط الاحتفاظ بالملكية من كل قيمة، وينعدم الضمان الذى يسعى اليه البائع من وراء تضمينه عقد البيع مثل هذا الشرط، مما يخالف قصد المتعاقدين كما أن هذا التفسير يؤدى الى

---

(١) السنهورى، الوسيط، ج٤ المجلد الأول فقرة ٩٢ ص ١٧٣.

تعقيد للأمور لا مبرر له وذلك بإعطاء المشترى سلطة التصرف في الشيء المبيع، حتى ولو كانت التصرفات موصوفه بنفس الوصف، وخاصة وأن حق المشترى لا يعدو أن يكون حقا غير مؤكد حقا إحتماليا أو شرطيا.

كما أن هذا الرأى يذهب على خلاف ماهو مستقر عليه فى الفقه الالمانى الذى استوحى المشرع منه النص. وكذلك الفقه الفرنسى التقليدى يذهب فى مثل هذه الحالة إلى أن البائع يحتفظ بالملكية ولا يكون للمشترى إلا حق الاستعمال للشيء المبيع والتصرف فى هذا الحق وفى هذه الحدود فقط.

وبناء على ذلك فنحن نرى أن قصد المشرع كما تنبىء عنه الفاظ نص المادة ٤٣٠/١ مدنى ذاتها ومما ورد فى مجموعة الاعمال التحضيرية يفيد أن البائع يحتفظ بالملكية الى أن يستوفى كل الثمن حتى ولو سلم المبيع قبل ذلك[١]. وأن الغرض من هذا الشرط كما هو واضح هو تحقيق ضمان قوى أبلغ من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد إنتقلت ولذلك نجد أن المادة ٤٢ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ قد حظرت على المشترى التصرف فى المبيع قبل الوفاء بجميع الاقساط، ويتعرض المشترى الذى يخالف هذا الحظر للعقوبة الجنائية المنصوص عليها فى المادة ٤٥ من هذا القانون وهى الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائة جنيه أو بأحدى هاتين العقوبتين[٢].

والقضاء المصرى لم يأخذ بمنطق شرط الاحتفاظ بالملكية إلى منتهاه

---

(١) قارن مصطفى كمال طه، القانون التجارى ، الأوراق التجارية، والعقود التجارية ، البنوك الافلاس ١٩٨٦ فقرة ٤٠٧ ص ٣٣٥.

(٢) يرى بعض الفقهاء ان هذه الجريمة لا تكون الا فى البيوع التجارية ويشترط فيها أن تكون حرفة البائع هى البيع بالتقسط، إسماعيل غانم، مذكراته فى البيع ص ٧٤، ٧٥ مشار اليه فى السنهورى ج٤ المجلد الأول ص ١٧٥ هامش ١. وقد عدل هذا القانون بنص المادة ٣/١٠٧ من قانون التجارة الجديد.

حيث أنه لايجيز للبائع الاحتجاج بهذا الشرط على الدائنين فى حالة إفلاس المشترى تحقيقا للمساواة بين دائنى المفلس. ولذلك الضرورة تقضتى أن يتدخل المشرع، على غرار ما فعل المشرع الفرنسى، ليعطى هذا الشرط ذلك الأثر.

ولذلك نرى أن شرط الاحتفاظ بالملكية يثير نفس المشاكل السابق التعرض لها فى القانون الفرنسى والقانون الالمانى وينصرف اليه كافة الإجتهادات السابقة. وهذا ما دفع المشرع المصرى عند إصداره القانون التجارى الجديد أن ينظم بالتفصيل شرط الاحتفاظ بالملكية فى المواد ١٠٦، ١٠٧ فى عقود البيع التجارية (م ١٠٤ قانون تجارة جديد).

فقد نصت المادة ١٠٦ من قانون التجارة الجدبد على أنه «١- إذا احتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها اكتسب المشترى هذه الملكية بأداء القسط الأخير» «ويتحمل المشترى تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه».

«٢- مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها فى باب الإفلاس لايكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان مدوناً فى ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التى يتخذها الدائن على المبيع».

كما أن المادة ١٠٧ من قانون التجارة الجديد قد نصت على أنه «١-لايجوز للمشترى التصرف فى المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع، وكل تصرف يجريه المشترى بالمخالفة لهذا الحكم لايكون نافذاً فى حق البائع إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله».

«٢– للبائع عند تصرف المشترى فى المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها وبغير إذن منه أن يطالب المشترى بأداء الأقساط الباقية فوراً».

«٣ – يعاقب المشترى عند مخالفة أحكام الفقرة الأولى بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وغرامة لاتجاوز ٥٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة ١٨٠ من قانون الإجراءات الجنائية. وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً».

ثانيا: الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية

تثير دراسة الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية عدة تساؤلا، أولا على نطاق التعليق على شرط يثار التساؤل حول مدى إعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية شرطا واقفا أم شرطا فاسخا.

ثانيا: فى مرحلة أخرى أثير التساول حول مدى اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية تعليقا على شرط أو اضافة الى أجل. وأخيرا، أثير التساؤل حول المركز القانونى للمشترى قبل الوفاء بكامل الثمن.

١ - شرط الاحتفاظ بالملكية بين الشرط الفاسخ والشرط الواقف

فى القانون المدنى الالمانى: تنص المادة ٤٥٥ على أنه عندما يحتفظ البائع بملكية المنقول حتى الوفاء بالثمن، يعتبر ذلك فى حالة الشك، نقلا لملكية معلقا على شرط واقف وهو دفع كامل الثمن مع إحتفاظ البائع بحق فسخ العقد إذا تأخر المشترى فى هذا الوفاء.

وكما هو واضح فإنه قد تم وضع المشكلة فى القانون الالمانى فى نطاق الشرط الواقف. علاوة على ذلك نص المشرع صراحة على احتفاظ البائع بحق فسخ العقد إذا تأخر المشترى فى هذا الوفاء.

فى القانون الفرنسى حيث لم يوجد نص مقابل فى التقنين المدنى الفرنسى وحتى بعد أن تم تنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية بقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ فان الفقه الفرنسى مازال مختلفا حول طبيعة هذا الشرط، هل هو شرط فاسخ أم شرط واقف؟

بطبيعة الحال هناك نتائج عملية مختلفة تترتب على الأخذ بأى من التكييفين فاذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية شرطا فاسخا فان المشترى يصبح فى الحال مالكا للبضائع ملكية تامة، ولكنها ملكية مهددة بالزوال. حيث أنه لو لم يتم الوفاء بالثمن يصبح البائع مالكا لهذه البضاعة مرة أخرى. ففى هذه الحالة يوجد نقل للملكية ثم إعادة لنقل هذه الملكية. وإذا أخذنا بمنطق الأثر الرجعى للشرط فإنه عند تحقق الشرط الفاسخ يعتبر البائع الذى لم يستوف فى النهاية الثمن كأن لم تزل عنه قط ملكية الشىء المبيع وبالتالى يتحمل تبعة الهلاك، لكن فى هذه الحالة قرر المشرع إذا هلك الشىء المبيع قبل تحقق الشرط[1] بقوة قاهرة فان تبعة الهلاك تقع عند تحققه على المشترى (م١١٨٢ مدنى فرنسى)، وفى القانون المصرى ستقع تبعة الهلاك على المشترى إذا تسلم العين (م ٢٧٠/ مدنى). وذلك إستثناءً من الأثر الرجعى.

أما إذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية شرطا واقفا، فإن المشتري لا يصبح مالكا للبضاعة، إلا بعد الوفاء الفعلي بكامل الثمن. ويترتب علي ذلك، بصفة خاصة، أنه طبقا لقاعدة هلاك الشيء علي مالكه أن البائع يظل مالكا وبالتالي يتحمل تبعة هلاك الشىء المبيع بقوة قاهرة قبل نقل الملكية (انظر مادة ١١٨٢)[2] وفى القانون المصرى ستقع تبعة الهلاك على البائع سواء

(1) J. Ghestin, la clause de réserve de propriété, Rapport de droit civil, op.cit., p.46.

(2) J. Ghestin, op.cit., p. 46.

كان الهلاك قبل التسليم أو بعده طبقاً لنص (المادة ٢٧٠ مدني) استثناء من الأثر الرجعي[١].

الفارق الأساس بين التكييفين يكمن فى المركز القانونى للمشترى إلى أن يتم الوفاء بالثمن. فى الفرض الأول نجد أن المشترى يصبح مالكا ملكية تامة للشئ المبيع، بالرغم من أن حقه مهددا بالزوال وبالتالى يستطيع أن يتصرف فيه بنفس هذا الوصف. أما إذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية شرطا واقفا، كما هو الحال فى الفرض الثانى، فانه ليس للمشترى إلا حق إحتمالى[٢]، أو شرطى[٣]، ولذلك يكون من الصعوبة بمكان تحديد السلطات التى يباشرها المشترى على البضاعة المبيعة والمسلمة له. فالمشترى محرز لهذه البضاعة دون أن يكون مالكا لها ولا حائزا لها، لأنه ليس لديه نية التملك، أى اعتقاده بحسن نية أنه مالك.

فى القانون الوضعي الفرنسي: يختلف الأمر قبل قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ عن بعده.

---

(١) وتفسير ذلك بسيط لأنه إذا هلكت العين بسبب أجنبى قبل تحقق الشرط، فقد كان مقتضى الأثر الرجعى للشرط عند تحققه اعتبار إنها كانت على ملك الدائن (المشترى المالك تحت شرط واقف)، فتهلك عليه إذا كان قد تسلمها وعلى البائع إن لم يكن قد تسلمها طبقاً للقواعد العامة، لكن المادة ٢/٢٧٠ مدنى استبعدت الأثر الرجعى للشرط على أساس أن هلاك العين يحول دون نشوء الالتزام لانعدام المحل ولا يكون للعقد أثر ولو تحقق الشرط بعد ذلك ويجرى الأمر كما لو كان الطرفان لم يتعاقدا أصلاً على البيع ويكون هلاك الشئ عندئذ على مالكه البائع سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده.

(2) V.J. M. Verdier, les droit éventuel, contribution á l'étude de la formation successive des droits, thèse Paris, 1955.

(3) G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, les obligations, t.II, vol. I, no.7, p. 763 - 764.

- موقف القضاء الفرنسي قبل قانون ١٢ مايو ١٩٨٠.

ذهب القضاء الفرنسى فى البداية الى تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه شرط واقف يرد على العقد كله[١]. وبعض الاحكام الحديثة قد لجأت الى هذا التحليل مرة أخرى[٢] - أحكام أخرى لمحكمة النقض قد قربت شرط الاحتفاظ بالملكية من الشرط الفاسخ[٣] دون أن تصل الى حد تشبيه نظامه القانونى بهذا الأخير[٤].

ومع ذلك فإن هناك أحكاما عديدة لقضاة الموضوع إعتقدت أنه من الواجب تحليل هذا الشرط على أنه شرط فاسخ وذلك حتى يتسق مع السلطات التى يمارسها المشترى فى الواقع على البضائع المباعة والتى لم يتم دفع ثمنها بعد[٥].

لكن حكم لمحكمة Colmar صدر فى ١٤ اكتوبر ١٩٧٧ فى قضية Mecarex، قد تم نقضه من الدائرة التجارية لمحكمة النقض فى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٩ وقد قررت محكمة النقض أن محكمة الاستئناف قد مسخت شرط الاحتفاظ بالملكية والذى كان ينص بطريقة واضحة ومحددة على أن نقل الملكية «يكون موقوفا حتى الوفاء بكامل الثمن[٦].

(1) V. Req. 21 Juiilet 1897 D.

(2) V. Toulous 19 oct. 1960, D. 1962 p. 96 note Breau, Paris, 3 juil 1968, J.C.P. 69 II, 13820 note Guérin

(3) Cass. civ. 28 mars 1934 et 22 oct. 1934; D.P. 34.I. 15, note Vendamme; 3 mai 1935, S. 35. I.227.

(4) V° Req. 1er juill 1937, S. 37. I. 352; 26 oct. 1938, D.H. 39. P.84.

(5) V° Amiens, 10 Janv. 1974, D. 74. p. 363; Gaz. Pal. 74. I. 452, Rev. trim dr. com. 1975, p. 166, obs. J. Hemard.

(6) Bul. Civ. IV, no.300, p. 337, p. 166, obs. J. Hemard, obs. D. Von. Breitenstein, la clause de réserve de propriété et le risque d'une perte fortuite de la chose vendur, C.P.81 II, n.J. Ghestin.

فى مراحل التطور الأخيرة والسابقة على صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ إتجه القضاء إلي تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية علي أنه شرط واقف[١].

- شرط الاحتفاظ بالملكية بين الشرط الفاسخ والشرط الواقف بعد صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠.

بالنسبة للنص ذاته الوارد فى القانون الجديد فانه يقصد صراحة شرط يوقف نقل الملكية حتى الوفاء بكامل الثمن. والشرط الذى جعله القانون الجديد نافذا فى حق جماعة الدائنين هو شرط واقف وليس شرطا فاسخا.

الأعمال التحضيرية للقانون تستبعد أى تردد فالمادة الأولى من المشروع التمهيدى المقدم من Dubanchet تحدد أن المقصود هنا هو الشرط الواقف[٢]. كما أن التقرير المقدم من Charles Millon أمام الجمعية الوطنية[٣] بعد أن أعلن الثلاث تحليلات المحتملة لم يقترح أى خيار لأى منهم. لكن نفس هذا المقرر عند المناقشة، فى ١٨ أبريل ١٩٨٠[٤]، حدد أن البيع تحت شرط الاحتفاظ بالملكية يمكن تحليله على أنه بيع تحت شرط واقف وهو الوفاء بكامل الثمن. وبصفة خاصة ، أثناء نفس هذه المناقشة، قد قدمت الحكومة إقتراحا بتعديل ليصبح النص فى صورته الحالية.

---

(1) J. Ghestin, op.cit., p. 48.

(2) J. Ghestin, op.cit., p.48, V° également exposé des motifs de la proposition de la loi no. 407, annexe, P.V., séance 13 Juin 1978, P.7.

(3) Document no. 1492 annexe au P.V. Séance 17, 1979 cité par J. Ghestin op.cit., p. 48.

(4) J.O p. 568, 2 colonne.

وقد حدد Jean - Paul Mourot باسم الحكومة أنه من بين موضوعات هذا النص إعطاء تعريف لشرط الاحتفاظ بالملكية الذى لم يتحدد مضمونه، إلى هذا الوقت، بأى نص قانونى. هكذا نجد أن النص يقصد وقف نقل الملكية.

أخيرا أمام مجلس الشيوخ قد ركز ايضا مقرر لجنة التشريعات M. Rudloff على أهمية التعريف الذى تضمنه التعديل الحكومى، والذى يتفق مع ما تضمنه الحكم الصادر من الدائرة التجارية لمحكمة النقض فى ٢٠ نوفبمر ١٩٧٩ فى قضية Mecarex[١].

نخلص من كل ما تقدم أن فائدة قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ قد إنحصرت فى طائفة الشروط التى توقف نقل الملكية مع إستبعاد الشروط الفاسخة فى حالة عدم الوفاء بالثمن. كما أن احكام هذا القانون تنطبق فقط على شروط الاحتفاظ بالملكية البسيطة.

ويترتب على هذا التكييف أن تبعة هلاك الشىء المبيع تظل على عاتق البائع لأنه مازال المالك لهذا الشىء. ولذلك يكون من الطبيعى أن مصلحة البائع تقتضى أن يكمل شرط الاحتفاظ بالملكية بشرط صريح يخالف قاعدة هلاك الشىء على مالكه، والتى تعتبر من حسن حظه مجرد قاعدة مكملة[٢]. وهناك إتفاق على أن هذه القاعدة ترتكز على القصد المفترض للاطراف. وبناء على ذلك فان المنطق يقتضى أن يكون للاطراف الإفصاح عن إرادة مخالفة[٣].

طبقا للقانون الطبيعى وقواعد العدالة سيكون من المناسب ربط نقل التبعة، كما هو الشأن بالنسبة للحراسة[٤]، بالتسليم وليس بنقل الملكية، وهذا هو الحل

(1) V. Rapport Rudlof, annexe, no. 14 au P.V. Séance, 10 oct. 1979.
(2) cass. Req. 5 janv. 1906, D 1906. I. 262, H.L.J. Mazeaud, Leçons, op.cit. II, 6e éd, F. Chabas, 1er vol. no.1114 et 1122.
(3) Y. Loussouarn, cours précité, p. 87 98 spéc. p. 94 - 95.
(4) V. Sur ce dernier point, Rapport Duguet, Gaz Pal. 14 Juin 1980 p.9. no. 6

المعتمد فى القانون الالمانى[١] . ومع ذلك فإن هذا الحل لا يتغلب على كل الصعاب، فمن المعروف، كما ذكر حكم حديث فى ٢٢ يناير ١٩٨٠ للدائرة التجارية لمحكمة النقض[٢]، أنه طبقا لنص المادة ١٠٠ من التقنين التجارى الفرنسى، أن البضائع التى تخرج من مخازن البائع ...، تنقل، إذا لم يوجد إتفاق مخالف، على مسئولية من يكون له ملكيتها. هذا الأمر ربما يحتاج إلى تعديل تشريعى مستقبل[٣] .

على أية حال، فانه طبقا للوضع القائم فى القانون الوضعى الفرنسى حاليا أنه سيكون للبائعين فائدة كبيرة فى إشتراطهم، بالرغم من تأخر نقل الملكية بأن تقع تبعة هلاك الشىء المبيع فى الحال، أو على الأكثر منذ التسليم، على عاتق المشترين[٤] . وهذا ما نص عليه قانون التجارة المصرى الجديد فى مادته ١/١٠٦ بقوله «ويتحمل المشترى تبعة هلاك المبيع من وقت تسلمه إليه» مع ملاحظة أن تبعة الهلاك فى الشرط الواقف فى القانون المدنى «على المالك سواء كان الهلاك قبل تسليم أو بعده استثناءً من الأثر الرجعى للشرط (م ٢/٢٧٠ مدنى مصرى) وهذا ماسنراه فى الفقرة التالية.

فى القانون المصري، نجد أن المادة ١/٤٣٠ صريحة فى النص على أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشترى موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع، ومع ذلك نجد أن الفقه[٥] قد وضع هذه المشكلة فى نطاق الشرط الواقف والشرط الفاسخ معا. بمعنى أن ملكية المبيع تنتقل فى هذه الحالة معلقة على

(1) V. D. Von Breitenstein, précité, p. 46, no.3, V. Loussouarn, précité.

(2) Gaz Pal..24 Juin 1980 Panorama.

(3) Vo. J. Ghestin, op.cit., p. 49.

(4) J. Ghestin , op.cit., no. 22 p. 49

(٥) انظر السنهورى، الوسيط جـ٤، المجلد الأول، فقرة ٩٢ ص ١٧٣.

شرط واقف الى المشترى ويستبقى البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ.

ويلاحظ على هذا التكيف عدة ملاحظات: **أولا**، ما المقصود بالملكية الموقوفة وماهى السلطات التى تعطيها للمشترى **ثانيا**، كيف يتصور أن يكون المشترى مالكا، ولو كانت ملكية معلقة على شرط واقف، رغم صراحة النص فى أن نقل الملكية ذاته موقوف على استيفاء الثمن. **ثالثا**: كيف تبقى الملكية لبائع معلقة على شرط فاسخ بالرغم من أن المشرع لم يصرح بذلك، كما أن إرادة الأطراف لم تفصح عن ذلك. **رابعا**: فى الواقع والحقيقة أن كلا من البائع والمشترى ليس لديهما معا من الخصائص اكثر مما هو لدى المالك العادى، فهما معا المالك والمركز القانونى للأول قد إنتقص بما آل للثانى من سلطات. وعلى ذلك فإن القول بفكرة ازدواج حق الملكية على نفس الشىء ليس له اى سند فى الواقع أو فى القانون. **خامساً**: كما أنه طبقاً لهذا التكييف سيصعب تحديد من الذى يتحمل تبعة الهلاك فى حالة إذا ما هلك الشئ بسبب أجنبى قبل تحقق الشرط طبقاً لنص (المادة ٢/٢٧٠ مدنى مصرى)

٢- شرط الاحتفاظ بالملكية بين الشرط والأجل

الفائدة العملية للتفرقة بين الشرط والأجل تكمن بطبيعة الحال فى الأثر الرجعى للشرط. فاذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية شرطا واقفا فإنه بمجرد دفع ثمن البضائع كاملا فإن المشترى يعتبر مالكا لهذه البضائع من وقت إبرام العقد. على العكس من ذلك إذا نظر إلى شرط الاحتفاظ بالملكية على أنه أجل واقف فلن حلول هذا الأجل يؤدى الى نقل الملكيــة دون أثر رجعى.

هذه الأهمية يمكن الحد منها نتيجة للإمكانية المتاحة للاطراف بالنص

على أن لا يكون للشرط أثر رجعى (١/٢٧٠ مدنى مصرى)[١]. والعكس بالعكس إذ يستطيع الأطراف إعطاء أثر رجعى للوفاء بالثمن أيا كان التكييف الذى تم إعطاؤه لهذه الواقعة.

لكن كل هذا يفترض أن الاطراف واجهوا الأمر عند إبرام العقد بينما نحن رأينا أن المعلقين على القانون الجديد فى فرنسا لم يأخذوا فى إعتبارهم إلا فرضا وحيدا وهو الفرض المتعلق بالشرط دون الأجل.

علاوة على ذلك، أن هذا الرجعية تهم فى المقام الأول الغير، بصفة خاصة الذين تقرر لهم حقوق على البضاعة المباعة من جانب المشترى قبل الوفاء بكامل الثمن وذلك بقصد تحديد حسن نيتهم. فمن المهم إذن معرفة ما إذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية الذى يهدف الى افادة البائع من الأحكام فى قانون ١٢ مايو ١٩٨٠، وخاصة وأنه اصبح من الشروط المألوفة، قد أدخل آجلا أم شرطا

نقطة البداية الصحيحة تبدأ من نصوص القانون الجديد. فقد نص القانون على أن شرط الاحتفاظ بالملكية يوقف نقل الملكية إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن.

la caluse suspend "le transfert de propriété Jusqu' au paiement intégrale du prix".

وقد أفصحت الأعمال التحضيرية أن الأمر يتعلق بشرط وليس بأجل[٢].

---

(1) Cf. cass. civ. 21 juillet 1958, J.C.P. 58 II. 10843, V. Loussouarn, op.cit., p. 101.

(2) V. Millon, Rapport, Document no. 1492 p. 5 Ass. Nat, 2e séance du 18 Avril 1980, J.O. p. 568.2e col.Rudloff, Document no.14, sénat, annexe au P.V. de la séance du 10 oct. 1979, p. 14- Proposition Dubanchet, exposé des motifs, p.4, 5,6 et 8.

لكن ليس من المؤكد أن البرلمانيين كان لديهم إدراك بالمعنى الفنى لكلمة شرط فالتعبيرات التى إستخدموها عادة لتصف واقعيا شرط الاحتفاظ بالملكية توحى بالاعتقاد بأنه يقصدون الشرط فى الوقت الذى ينصرف تفكيرهم فيه الى أجل[١]. فبالنسبة لهم، البائع يشترط أن تبقى له الملكية حتى الوفاء بكامل الثمن "jusqu'au paiement intégral du prix"[٢] وأن الملكية لا تنتقل الى المشترى إلا عندما يدفع هذا الأخير كامل الثمن[٣].

فإذا كنا بصدد شرط فإنه يجب أن تكون الصيغة على النحو التالى، الملكية لا تنتقل إلا إذا دفع المشترى الثمن[٤].

كما ينبغى أن نأخذ فى الإعتبار أيضا أن واضعى القانون الجديد قد قصدوا صراحة الأخذ بتعريف الشرط الوارد فى حكمMecarex[٥] حقا إن قضاة الاستئناف قد اعتبروا الشرط محل النزاع ليس شرطا واقفا وإنما شرط فاسخا. لكن الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بهذه المقابلة بين نوعى الشرط وإقتصرت على تقرير أن الشرط قد نص بطريقة واضحة ومحددة على أن نقل الملكية.. سيكون موقوفا حتى الوفاء بكامل الثمن. فيمكن أن نجد دائما أن الفكرة الأساسية هى أن نقل الملكية قد تأخر بسبب الشرط حتى الوفاء بكامل الثمن.

القضاء الفرنسى السابق على قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ كان يتردد بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ على النحو السابق بيانه ولكن دون أن يعرض للخيار

---

(1) J.Ghestin, op.cit., no. 24 p.50.
(2) Rapport Millon, précité, p.3.
(3) Ibid, p.4.
(4) V. également Millon, Ass. Nat 2e séance su 18 avril 1980, J.o. p.568.
(5) Vo. en ce sens, Rudloff, sénat, séance du 29 avril 1980, J.O. P. 1625.

بين الشرط والأجل ومايواجهه ذلك من صعوبات. على العكس من ذلك نجد أن القضاء البلجيكى قد أخذ بوضوح بفكرة الأجل الواقف ولم يأخذ بفكرة الشرط الواقف(١).

لكن فى النهاية نجد أن الاختيار بين الشرط والأجل يجب أن يتم إبتداء من تحليل أساسى لكل من الفكرتين:

– فإذا أخذنا بفكرة الشرط بالمعنى الفنى الدقيق فإننا سنصادف اعتراضات جوهرية:

أولا: إن الشرط الواقف بحسب تعريفة وصف إرادى يلحق الالتزام يتوقف على تحققه وجود الالتزام ذاته. ومن المشكوك فيه تماما، فى القانون الوضعى الفرنسى فى الوقت الحاضر، أن يحلل نقل الملكية على أنه إلتزام لأن ذلك يفترض فى الواقع، إمكانية عدم التنفيذ الذى يستوجب الجزاء، بالرغم من أنه تنفيذه يبقى ممكنا، بينما طبقا للقانون المدنى الفرنسى يعتبر نقل الملكية أثرا قانونيا محضا لعقد البيع، وهذا الأثر يتم بطريقة آلية(٢).

ثانيا: كما أنه من المشكوك فيه تماما أن يصاغ الالتزام الرئيسى للمشترى بدفع الثمن فى شكل شرط بالمعنى الفنى لهذه الكلمة.

فالشرط بالمعنى الفنى الدقيق يعتبر واقعة خارجة عن إرادة الأطراف بينما تنفيذ العقد، بصفة خاصة دفع الثمن، يتوقف على إرادة المشترى فى حالة التنفيذ الاختيارى وإرادة البائع فى حالة التنفيذ الجبرى، وفى كل الأحوال يتوقف على إرادة الطرفين(٣).

---

(1) J. Ghestin, op.cit., no. 25, p. 51, 52.

(2) Ch. Atias, le transfert conventionnel de propriété immobilière, th. Poitiers, 1974 dacty, no. 47 citée par J. Ghestin, op.cit., p.52 note 59.

(3) J. Ghestin, op.cit., no. 26, p.52.

حينما ناقش فقهاء القرن ١٩ صحة شروط الاحتفاظ بالملكية قرروا أن الصفة المباشرة لنقل الملكية ليست من جوهر عقد البيع لكن تعتبر فقط من طبيعته. وقد استخلصوا من ذلك دون أن تردد، أن إتفاق الاطراف يمكن أن يؤخر هذا الانتقال. لكن النقاش لم يرد إلا على الصفة المباشرة لنقل الملكية. هذه الصفة باعتبارها هدف نهائى وضرورى للعملية القانونية لم تكن محلا لأى نقاش. فالأمر لا يتعلّق إلا بمجرد تأخير، أو بمعنى آخر بأجل[١]. وعلى ذلك فإن جعل نقل الملكية مجرد نتيجة محتملة للبيع يبدو من الصعب إتفاقه مع فكرة عقد البيع[٢].

على ذلك فإن دفع الثمن من جانب المتصرف اليه لا يمكن أن يصاغ فى شرط لأنه لا يعتبر أمرا غير محقق الوقوع وإنما أثر ملزم للعقد، وبالتالى لا يعتبر مستقلا عن إرادة الأطراف ولا عن الرابطة العقدية التى تربطهم[٣].

وعلى ذلك فإن شرط الاحتفاظ بالملكية ليس له من وظيفة إلا الربط التام بين نقل الملكية ودفع كامل الثمن، يجعل نقل الملكية، تابعا لدفع الثمن وذلك طبقا لصياغة قانون ١٢ مايو ١٩٨٠. فالدفع يكون شرطا للنقل، لكن كلمة شرط لم تستخدم هنا فى معناها الفنى. فهى لا تعنى هنا الأمر غير محقق الوقوع والخارج عن إرادة الأطراف، وإنما تعنى فقط أن لا يكون هناك نقل إلا إذا كان هناك دفع، كما تقول أن العقد لا يكون صحيحا إلا إذا تضمن تراضى ومحل وسبب[٤].

---

(1) Atias, précité, no. 48.
(2) Mme Juan, conseils pour la rédaction d'une clause de réserve de propriéte, D. 1981, chron 1, no.6.
(3) J. Ghestin, op.cit., no. 27 p. 54.
(4) J. Ghestin, op.cit., no. 27, p. 54.

يترتب إذن على شرط الاحتفاظ بالملكية أن يتأخر نقل الملكية، ونفس الشيء بالنسبة للثمن، نتيجة للاضافة الى أجل. فدفع الثمن فى الأجل يقابله نقل لحق الملكية فى نفس الأجل.

وعلى ضوء ذلك يمكن أن يكتفى بتحديد نفس المدة لدفع الثمن ولنقل الملكية. لكن يمكن الأخذ فى الاعتبار المدد الإضافية التى يمكن أن تمنح للمشترى لوفاء بالثمن، ومن جانب البائع سيكون الأمر أكثر سهولة وأكثر تأكيدا بأن يؤخر نقل الملكية حتى الوفاء الفعلى بالثمن فالأجل يكون، بدون شك، غير مؤكد ولكن لا يكون بحال من الأحوال شرطا، بالمعنى الفنى، لأن الدفع ونقل الملكية بالرغم من تأجيلهما فى الزمن إلا أنهما إلتزامان مؤكدان بالنسبة للأطراف[١].

وفى النهاية نجد أن من الخطأ تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه شرط واقف إذ يتعلق الأمر، فى الواقع، بمجرد أجل يترتب عليه، وفقا للصيغة المستعملة فى الغالب من جانب القضاء والعمل، وقف نقل الملكية حتى دفع كامل الثمن. هذا هو الإتجاه السائد فى الوقت الحاضر[٢].

- الموقف في القانون المصري بعد صدور القانون التجاري الجديد في البيع المدني:

يعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية شرط واقف بالنسبة للمشترى وشرط فاسخ بالنسبة للبائع وذلك وفقاً للفقه السائد، متأثر فى ذلك باتجاه تقليدى فى الفقة الإلمانى، وقد أجرى على شرط الاحتفاظ بالملكية أحكام الشرط الواقف، بمعنى أن ملكية المبيع تنتقل فى هذه الحالة معلقة على شرط واقف إلى

(1) J. Ghestin, op.cit., no. 27, p.54.

(2) Pédamon, op.cit., p761 note 32, Ph Malaurie L. Aynès op.cit., no. 755 p. 242.

المشترى ويستبقى البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ وقد رأينا مدى الصعوبات فى تطبيق هذه الفكرة فى الواقع العملى والانتقادات التى وجهناها اليها.

ويترتب على ذلك أن تبعة الهلاك ستبقى على المالك (البائع) سواء كان هلاك الشئ قبل التسليم أو بعده استثناءً من الأثر الرجعى للشرط طبقاً لنص المادة ٢/٢٧٠ مدنى.

وسيكون للمشترى التصرف فى هذه الملكية الموقوفة، ولكن سيكون تصرفه أيضاً معلقا على شرط واقف، وإذا كان المبيع منقولاً – كما هو الغالب، وتصرف فيه المشترى تصرفاً باتاً لمشترى حسن النية لا يعلم أن ملكية المشترى معلقة على شرط واقف، فإن المشترى من المشترى يتملكه تملكاً باتاً بموجب الحيازة، كما أن المشرع المدنى لم يحدد إجراءات شهر وعلانية لشرط الاحتفاظ بالملكية وبصفة خاصة فى بيع المنقول، وبالتالى فإن هذا الشرط لايكون نافذاً على الغير ولا يعتد به عند التنفيذ على المبيع من قبل الدائنين.

وقد رأينا أن هذا التفسير يتسم بالتبسيط المخل ولا يتفق وقصد المشرع كما تنبئ عنه عبارة نص المادة ١/٤٣٠ مدنى ذاتها، ومما ورد فى مجموعة الأعمال التحضيرية كما سبق أن بينا ذلك.

كما أن هذا التفسير يجرد شرط الاحتفاظ بالملكية من كل قيمة، وبالتالى ينعدم الضمان الذى يسعى إليه البائع من وراء تضمينه عقد البيع مثل هذا الشرط، مما يخالف قصد المتعاقدين . واعطاء المشترى سلطة التصرف فى الشئ المبيع، حتى ولوكانت التصرفات موصوفة بنفس الوصف، يؤدى إلى تعقيد للأمور لا مبرر له، وخاصة وأن حق المشترى لايعدو أن يكون حقاً غير مؤكدة حقا احتماليا أو شرطياً.

بعد تنظيم القانون التجارى الجديد لشرط الاحتفاظ بالملكية فى المادة ١٠٦، ١٠٧ قد تجنب كل العيوب السابق الاشارة اليها.

– فالمشرع التجارى قد جعل شرط الاحتفاظ بالملكية – تأثراً بالفقة الفرنسى الحديث – أجلاً واقفاً لنقل الملكية، وبالتالى يكون قد إستبعد فكرة الأثر الرجعى لهذا الشرط.

كما أن المشرع التجارى ربط تبعة الهلاك بالتسليم بأن جعل المشترى يتحمل تبعة هلاك المبيع من وقت تسلمه إليه (م ١/١٠٦) وهذا ما يحبذه بعض الفقهاء فى فرنسا. كما أن ذلك لايصطدم مع القواعد العامة فى القانون المصرى والتى تجعل تبعة هلاك التى فى العقود الملزمة للجانبين الناقلة للملكية على المدين بالتسليم.

كما أن المشرع التجارى نظم وسيلة شهر شرط الاحتفاظ بالملكية حتى يمكن الاحتجاج به فى مواجهة الغير. فاشترط لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية على الغير أن يكون هذا الشرط مدوناً فى ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التى يتخذها الدائنون على المبيع (م ٢/١٠٦). فاذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على هذا النحو قبل الحكم بشهر الافلاس فإن البائع يستطيع أن يسترد البضائع طبقاً لنص المادة ٦٢٦ تجارى جديد بشرط أن تكون فى حالتها العينية أى توجد عيناً (م ٦٢٧، ٦٢٩ تجارى جديد).

وتعزيزاً لملكية البائع للمبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها وتملك المشترى لهذا المبيع بأداء القسط الأخير، حظر على المشترى التصرف فى المبيع إلا بعد حصوله على إذن مكتوب من البائع، واذا خالف المشترى هذا الحظر فإن تصرفه لا يكون نافذاً فى حق البائع إذا ثبت علم المتصرف إليه وقت اجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله، كما أن المشرع أعطى للبائع فى هذه

الحالة حق مطالبة المشترى بأداء الأقساط الباقية فوراً، أى أن مخالفة الحظر تؤدى إلى سقوط الآجال.

علاوة على ما تقدم فإن مخالفة المشترى لهذا الحظر تعرضه لجزاء جنائى يتمثل فى عقوبة الحبس مدة لاتزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز مائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين، وتسرى المادة ١٨٠ مكرر (أ) من قانون الاجراءات الجنائية بأن تأمر النيابة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً.

٢- مركز المشتري قبل الوفاء بكامل الثمن

رأينا أن الإتجاه السائد فى فرنسا بصدد شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه ينبغى تحليله، من حيث المبدأ، كأجل واقف يؤدى الى تأجيل نقل الملكية.

يترتب على ذلك أنه طالما أن الثمن المتفق عليه لم يدفع فان المشترى لا يعتبر مالكا، ولا حتى حائزا للبضاعة المباعة ولكن حيث أن هذه البضاعة قد تم تسليمها فانه يعتبر مجرد واضع لليد[1].

إذن الـ[illegible]ـة التى يمكن تصادفنا هنا تتمثل فى تحديد السلطات التى يمكن أن يمارسها المشترى على البضاعة المباعة، والنتائج المترتبة على ممارسة هذه السلطات. فمركز المشترى فى هذه الحالة له طابع خاص تماما.

بطبيعة الحال وضع اليد على المال ينشأ إما عن مركز واقعى تماما، بحيث لا توجد أية رابطة عقدية تربط بين واضع اليد والمالك، وإما عن مركز قد تم تنظيمه تماما عن طريق عقد من العقود، كما هو الحال بالنسة للوديعة أو الإيجار أو العارية.

---

(1) J. Ghestin, rapport de synthèse, in actualite de droit de l'entreprise, t.12, p.291, no. 20.

خصوصية مركز المشترى قبل الوفاء بالثمن تنشأ من أن هناك عقد يربط بينه وبين المالك، بائعه، ولكن هذا الاتفاق فى الحدود التى يعتبر فيها مجرد عقد بيع فقط، لا ينظم مسألة سلطات المشترى قبل أن يصبح مالكا عن طريق الوفاء بكامل الثمن. بطبيعة الحال هذه السلطات تنشأ عن حق الملكية الذى يتكفل عقد البيع بنقله. لكن فى حالة عدم تحقق هذا الانتقال للملكية فإننا نكون بصدد نوع من الفراغ القانونى الذى لا يخلو من ترك إنطباع بالقلق[١].

ويتزايد هذا الفراغ عندما نلاحظ أن المشترى لا يستطيع، من الناحية القانونية، أن يمارس على البضاعة أى سلطة مباشرة، لكن الحيازة المادية لهذه البضاعة تسمح له، فى الواقع، بأن يستعملها. ولو أخذنا بما ورد فى حكم محكمة استئناف الصادر فى ١٠ يناير ١٩٧٤[٢]، فإنه يكون له الحرية الكاملة فى إستعمالها. كما يمكن أن نجد تعبيرات مماثلة لدى بعض الفقهاء. كان يحوز لحساب الغير[٣] حائز مرتبط بالتزامات تعاقدية[٤] أو حائز عرضى[٥] او حتى مودع لديه[٦].

---

(1) J. Ghestin, synthèse précitée, no. 20, p. 291.

(2) D, 1974 363 cet arrêt qualifiait la clause de réserve de propriété de clause résolutoire.

(3) Du Pontavic, intérêt et limites de la clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980, Banque nov. 1980. p 1221.

(4) Lemontey, Gaz Pal. 1981, 6-7 fév.

(5) Acquaviva et Barat, la clause de reserve de propriété en droit des affaires, l'actualité fiduciaire . oct., 1980, no. 35.

(6) Garcin et Thieffry , la clause de réserve de propriété serait-elle déjà pleinement valable en France ou le sera t-elle bien tôt, 2 Gaz, Pal. 1980, 1.193.

وقد لاحظ بعض الفقهاء أن الحيازة العرضية تعد نوعا من التفسير دون أن تقدم أى تطوير، كما أن هذه الحيازة تتضمن فى الواقع التزاما بالرد[١]. وكل ذلك يعتبر اجنبيا تماما عن الحالة النفسية للمتصرف اليه[٢].

وعلى ضوء هذه الظروف لنا أن نتصور اهتمام الخبراء والذى إنعكس بوضوح على صياغة المشروعات المتعددة لهذا الشرط، بتحديد حقوق والتزامات المشترى على البضاعة المسلمة والتى لم يدفع ثمنها بعد.

وقبل أن نعرض لهذه الترتيبات التعاقدية بشرط الاحتفاظ بالملكية، فإنه من المناسب أن نذكر باختصار السلطات التى يتمتع بها المشترى، فى الواقع، على البضاعة، والنتائج المترتبة على ذلك.

من الناحية النظرية المشترى لا يستطيع فعل أى شىء بالنسبة للبضائع المباعة قبل أن يدفع ثمنها. لكن مخالفة هذا الالتزام لا يرتب أى جزاء إلا على نطاق القانونى المدنى. هذا الجزاء يتمثل فى دفع مبلغ من التعويض. فعالية هذا الجزاء ستكون نسبية للغاية خاصة إذا ما كان المشترى غير موسر. على نطاق الجزاء الجنائى، فإن عقد البيع لا يعتبر من بين عقود الامانة، وبالتالى لا تتوافر جريمة خيانة الأمانة.

من الناحية العملية سيكون من الصعب جدا، ومن غير الملائم، أن نمنع المشترى من إستعمال البضائع المسلمة، وخاصة إذا تعلق الأمر بأدوات التجهيز. كما أن التسليم سيصبح عديم الفائدة بالنسبة للمشترى. لكن هذا الاستعمال يمكن أن يؤدى الى إستهلاك هذه المواد مما يثير العديد من المشاكل الدقيقة والحساسة فى حالة الاسترداد الناشىء عن عدم الوفاء

---

(1) Cornu, Droit civil. Introduction. Les personnes, les biens, 1980, 1e éd no. 1189 1195.

(2) M. Pédamon, op.cit., p. 62.

بالثمن. حل هذه المشاكل يمكن ألا يكون له إلا فائدة نظرية إذا لم يكن المشترى فى حالة يسار[١].

هذا الاستعمال للبضائع يمكن أن يصل الى حد إندماجها، سواء فى المخزون الذى لدى المشترى، أو فى عقار أو فى منقول آخر، أو قد يصل الى حد تحويلها. هذا يطرح التساؤل الخاص بكيفية التحقق من نوع البضاعة.

يكفى أن نذكر هنا التعديل الذى قدمه أمام مجلس الشيوخ وكان الهدف منه مد الاستفادة من قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الى الشروط التى تسمح بالاحتفاظ الملكية فى حالة تحويل البضائع المباعة. ولكن هذا التعديل قد تم سحبه بناء على رأى لجنة التشريعات، والتى حددت أن المشروع ينبغى أن ينطبق فقط على الشروط البسيطة للاحتفاظ بالملكية[٢].

وإذا نحن رجعنا إلى مجموع الأعمال التحضيرية، فإننا نسطيع أن نسجل أنه من خلال بعض التصريحات أن هذه المسألة قد تم تركها خارج نطاق القانون الجديد[٣]، ومن خلال التصريحات أخرى أن هذه القانون قد إستبعد حتما البضائع المحولة من مطالبة البائع[٤].

فى الواقع أن هذين التحليلين يتلاقيان، فالمادة ٢/١٢١ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ (٦٥ من قانون ١٩٦٧) تشترط حتى قبل قانون ١٢ مايو

---

(1) J. Ghestin, synthèse précité, no.20 et s p. 290 et s

(2) Sénat, Débat, 11 déc., 1979, J.O. p. 5326.

(3) Rapport Rudloff, Sénat, Doc. no. 14 annexe P.V. Séance 10 oct. 1979, pp. 15-16 Rapport Millon, Ass. Nat Annexe no. 1492 au P.V. Séance du 17 déc. 1979, p.10.

(4) Rapport Millon, precité, p. 9, Daillet, Ass Nat 2e séance du 18 avril, 1980 J.O. p. 5689 2e col, Mourat Ibid, p. 570, 2e col.

١٩٨٠، أن توجد البضائع فى حالتها العينية، وطبقا للقضاء الذى تطور بصدد البضائع المودعة، أن هذه البضائع لا توجد فى حالتها العينية على الاطلاق عندما يتم تحويلها(١).

ومع ذلك حاول البعض أن يستند الى نص المادة ٥٧٠ مدنى فرنسى والخاص بحق الالتصاق فى الاشياء المنقولة والتى تقضى بأن للمالك الحق فى المطالبة بالشىء الذى تم صنعه من مواد تخصه بشرط أن يدفع مقابل اجر اليد العاملة، للقول بأن البائع مازال مالكا للبضائع التى تم تحويلها(٢).

وبالرغم من مهارة هذه الحجة إلا أنه لا يمكن الأخذ بها لعدة إعتبارات:

أولا: الكل متفق على عدم إعطاء المادة ٥٦٥ ومابعدها من التقنين المدنى الفرنسى إلا نطاقا محدودا للغاية، فالمادة ٥٦٥ نفسها تنص على أن حق الالتصاق عندما يكون محله شيئين منقولين لمالكين مختلفين فان الأمر يخضع كلية لقواعد العدالة الطبيعية وأن القواعد التالية ستستخدم كأمثلة يسترشد بها القاضى فى الحالات غير المنصوص عليها طبقا للظروف الخاصة بها(٣).

ثانيا: هذه الحلول التى تمليها قواعد العدالة المقترحة على سبيل المثال لايمكن أن ترجح على إشتراط الوجود العينى للبضائع المباعة الذى استقر عليه القضاء بصفة نهائية. ثالثا. أن المادة ١٢١/٢ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ (٦٥ من قانون ١٩٦٧) تنظم حالة خاصة للمطالبة فى مواجهة الغير

---

(١) انظر في ذلك J. Ghestin, synthèse, op.cit., no. 23 , p. 292

(٢) انظر في ذلك J. Ghestin, synthèse, Loc. cit.

(3) V. Marty et Raynaud, les biens, o. 411, A. Weill, Les beins no. 73, G. Goubeaux, la règle de l'accessoire, en droit privé, thèse Nancey 1969, L.G.D.J. préface, D. Tallon, no. 230, et no. 333.

وأن الشروط الخاصة لهذه المطالبة لا يمكن أن تستبعد بالإحالة الى نصوص ذات نطاق أكثر عمومية وذلك طبقا لمبدأ التفسير المتعارف عليه، وهو أن الخاص يخصص العام. رابعا، أن شرط الوجود فى الحالة العينية يقصد به تنظيم مسألة سابقة على التعيين الذاتى للبضاعة، والتى تعتمد عليها بالضرورة كل مطالبة، بينما أن المادة ٥٧٠ مدنى فرنسى تفترض أن المسألة قد تم حسمها، أى قد حدث الالتصاق بالفعل، ولذلك يقتصر دورها على فض التنازع بين مصالح كل من المالك ومن قام بالتحويل طبقا لقواعد العدالة.

فى الواقع، يستطيع المشترى الذى لم يدفع ثمن البضاعة والذى لم يعد مالكا بعد، أن يبيعها الى شخص آخر، فإذا كان المتصرف اليه حسن النية، أى لا يعلم بعدم ملكية البائع، أى المشترى الأول للبضائع المباعة فإنه يستطيع أن يدفع مطالبة المالك، البائع الأول، بقاعدة الحيازة فى المنقول بحسن نية سند الملكية (طبقا لنص المادة ٢٢٦٩ مدنى فرنسى، والمادة ١/٩٧٦ مدنى مصرى).

وقد لوحظ أن حسن نية المتصرف اليه يمكن أن يكون محلا للمنازعة نتيجة لتعدد شروط الاحتفاظ بالملكية وإنتشارها وبالتالى تطبيق قانون ١٢ مايو ١٩٨٠[1]. لكن طبقا لنص المادة ٢٢٦٨ مدنى فرنسى والمادة ٣/٩٧٦ مدنى مصرى أن حسن النية مفترض دائما وعلى من يدعى سوء النية أن يقيم الدليل على ذلك. ولذلك يقع على عاتق البائع عبء إثبات أن المتصرف اليه يعلم بالفعل بشرط الاحتفاظ بالملكية.

بالإضافة الى ذلك ينبغى أن نأخذ فى الإعتبار ايضا حكم المادة ١٥٩٩

(1) Vo. Rapport Duguet, conférence générale des présidents e memberes de tribunaux de commerce, Gaz Pal. 14 Juin, 1980, p.9.

مدنى فرنسى والمادة ٤٦٦ مدنى مصرى والذى يعتبر أن بيع ملك الغير قابلا للابطال. والابطال مقرر هنا لمصلحة المتصرف اليه فهو وحده الذى يستطيع أن يتمسك به[١]. هذا الابطال لا محل له إذا أصبح المشترى مالكا للشيء المبيع. لذلك يكفى أن يقوم المشترى بالوفاء بكامل الثمن للبائع حتى يصبح بيع المشترى للمتصرف اليه صحيحا ولايمكن الطعن عليه[٢].

ولمواجهة الصعوبات التى تتعلق بمركز المشترى قبل الوفاء بالثمن فى بيع متضمن شرط الاحتفاظ بالملكية، قد إقترح العديد من الاتحادات المهنية ترتيبات تعاقدية متنوعة لحقوق والتزامات، المشترى فى هذه المرحلة.

فيوجد فى الغالب إشتراط بمقتضاه أن المشترى يحوز البضاعة قبل الوفاء بكامل الثمن طبقا لعقد وديعة بينه وبين البائع. هذا الإشتراط يحقق العديد من المزايا للبائع، منها أن تصرف المشترى فى البضاعة يعرضه لجريمة خيانة الأمانة. لكن ليس من المقطوع به أن بسط الحماية الجنائية فى العلاقات التجارية يعتبر أمرا مستحبا. فالجزاء الجنائى، إذا تم تطبيقه بالفعل، يمكن أن يكون معطلا، وإذا لم يتم تطبيقه فإنه يمكن أن يعتبر إنتكاسة لقوة الزجر التى يتمتع بها القانون الجنائى.

علاوة على ذلك فإن هناك مخاطر عدم اعتراف المحاكم بهذا الاشتراط وهذا ما أدى الى وقف استعماله، وهذا الموقف مازال قائما تماما بالرغم من

---

(1) Cass.Civ. 4 mars 1891, D. 1891 I.313, Req. 15 Janv. 1934, D.H. 1934, 97, S. 1934, I.88. le même solution est admise en droit belge.

(2) cass. civ 1 er, 12 juill 1962 Gaz. pal. 1962. 2.260, Rev, rim. dr. civ. 1963, p. 113. no1 obs. G.Cornu, chr. Dupeyron, la régularisation des actes nuls, th. Toulouse, IL.G.D.J. 1973, préface P. Hebrand, n. 86. p63-64.

قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ . ليس معنى سماح القانون اليوم بالمطالبة بالبضائع المباعة كماكان يسمح من قبل بالنسبة للبضائع المودعة، أنه من الممكن تشبيه البضائع المباعة بالفعل. والى أن يتم دفع الثمن، بالبضائع المودعة. خاصة وأن الغاية من الوديعة هى غاية مؤقتة ، فالإلتزام بالرد إلتزام أساسى للمودع لديه، يوجد بالتأكيد صورة لعقد الوديعة على سبيل البيع- dépôt vente، لكن البضاعة يتم بيعها فى هذه الحالة لحساب المودع. هذا العقد الهجين الذى يتكون من عقد وديعة يسبق عقد البيع بين نفس المتعاقدين يتضمن نوعا من التناقض فى الغايات التعاقدية. هذا التناقض يزداد أثره فى الواقع فقبل دفع الثمن، البضائع المباعة ستخضع فى نفس الوقت لنظام البيع والوديعة. خاصة وأنه يمكن إعتبار البائع مسئولا منذ التسليم عن العيوب الخفية وكذلك عن الاضرار التى تسببها البضائع المباعة وذلك طبقا لأحكام مسئولية البائع المهنى. على ذلك فان تعاصر عقد البيع والوديعة على نفس البضائع لا يخلو من إثارة مشاكل دقيقة وحساسة[١].

بالمثل يمكن أن نصادف نفس الصعوبات إذا تم تكملة شرط الاحتفاظ بالملكية بترخيص بالإستعمال، قريب من عارية الاستعمال، أو بترخيص بالتحويل او بالبيع. وفى هذا الفرض الأخير سبق أن رأينا أن البضائع إذا لم توجد فى حالتها العينية لا يمكن المطالبة بها[٢].

بصفة عامة يبدو من الصعب السماح، فى كل الحالات بترتيبات عقدية تكون قابلة للاحتجاج بها فى مواجهة الغير. خاصة وأن قانون ١٢ مايو

---

(1) J.Ghestin, synthèse, no. 26 p. 293.

(2) J. Ghestin, Rapport de droit civil, op.cit., no.11

١٩٨٠ قد سمح فقط بالاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية البسيط فى مواجهة جماعة الدائنين ودون أن يذهب الى أبعد من ذلك. وعلى ذلك فان الترتيبات التعاقدية لشرط الاحتفاظ بالملكية لا ينبغى الاحتجاج بها فى مواجهة الغير إلا إذا كان على علم فعلى بها طبقا للمبادىء العامة التى تحكم الاحتجاج بالعقود.

ومن أجل ذلك تدخل المشرع فى فرنسا ليجيز للبائع استرداد البضائع حتى لو كانت قد دخلت فى تركيب ما بشرط الا يترتب على ذلك تلفها وذلك باضافة فقرة ثالثة إلى المادة ١٢١ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ وذلك بقانون ١٠ يونيو ١٩٩٤.

ولا يمكن أن يكون الأمر على خلاف ذلك، إلا إذا كانت هذه الترتيبات التعاقدية لا تنشىء إلتزاما وإنما حقا عينيا حقيقيا. وقد سبق أن تردد القانون الوضعى فى السماح بتجزئة حق الملكية فى غير الحالات الواردة على سبيل الحصر. وهذا التحفظ قائم ايضا من باب أولى بالنسبة لانشاء تأمينات عينية جديدة[١].

الخلاصة

نحن نرى أن التفسير الصحيح لنص المادة ١/٤٣٠ مدنى مصرى يقترب الى حد كبير من التفسير الالمانى لنص المادة ٤٥٥ مدنى المانى وهو على خلاف ماهو مستقر عليه فى الفقه المصرى[٢].

---

(١) انظر احمد سلامة، للتأمينات العينية والشخصية، الجزء الأول، الرهن الرسمى ١٩٧٠ فقرة ١١ ص٥١ حيث أنه يرى أن هذه التأمينات ليست واردة على سبيل الحصر، ولكن هناك تأمينات أخرى وردت فى مواضع اخرى، أنظر على سبيل المثال المادة ٨٩٥ مدنى مصرى وقاعدة الا تركة إلا بعد سداد الديون ص ٥٢، ٥٣.

(٢) انظر السنهورى الوسيط، ج٤ المجلد الأول فقرة ٩٢ ص ١٧٣.

وعلى ذلك فان شرط الاحتفاظ بالملكية يعتبر شرطا واقفا فقط لا يعطى للمشترى حقا للملكية موصوفا، بالملكية الموقوفة، وإنما بعض السلطات التى تتيحها السيطرة المادية والفعلية على الشىء المبيع على إثر تسليمه له. هذه السلطات يمكن إعتبارها مكونة لحق عينى ناشىء عن تجزئة حق الملكية. هذا الحق العينى لا يعطى لصاحبه إلا سلطة إستعمال الشىء المبيع بحالته فى نطاق الاستغلال العادى للمشترى[1]، ولا يعطى له سلطة التصرف فى هذا الشىء أو استغلاله.

هذا الحق فى الاستعمال يختلف عن حق الاستعمال كحق عينى تقليدى من حيث المضمون فهذا الحق لا يعطى لصاحبه سلطة مباشرة ونهائية ومؤكدة على الشىء المبيع وإنما سلطة قابلة للتأكيد والثبات كلما إقترب المشترى من الوفاء بكامل الثمن.

وبذلك تنسجم الحقيقة الاقتصادية مع القانون. كما أن هذا التكييف يأخذ فى الاعتبار الحالة النفسية للمشترى الذى يعتبر نفسه كمالك وليس مجرد واضع يد ملتزم بالرد[2].

كيف يتحقق الضمان نتيجة لشرط الاحتفاظ بالملكية؟

فى الواقع إن البيع المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية يعتبر بيعا ذا طبيعة خاصة. فهو يختلف بصفة أساسية عن البيع بالأجل بدون شرط الاحتفاظ بالملكية. ففى هذا الأخير نجد أن الأمر يقتصر على إضافة الالتزام بالدفع الى أجل. وهذا يعنى ثقة المورد فى المتصرف اليه حيث أن نقل الملكية يتم فى الحال إستقلالا عن الوفاء بالثمن لكن البيع المتضمن

(1) M. Pédamon, op. cit., p. 62.
(2) M. Pédamon, loc. cit.

شـــرط الاحتفاظ بالملكية لا يتضمن هذه الثقة. أو على الأقل ليست نفس الثقة، حيث أن البائع يخضع الأثر الناقل للمكية لاحترام الآجال التى يتم فيها الوفاء بالثمن.

هذا الميكانيزم يؤدى الى تجزئة البيع الى عقد ينشىء التزامات ونقل للملكية يتم فى مرحلة لاحقة وعلى ذلك نجد أن الضمان يتمثل فى الفصل بين الجانب الملزم والجانب العينى للبيع.

يبقى أن نرى مدى الضمان الذى يحققه شرط الاحتفاظ بالملكية ومدى انتقال الاستفادة بهذا الشرط باعتباره وسيلة للضمان هذا هو موضوع المطلب الثانى.

المطلب الثاني: مدي مايحققه شرط الاحتفاظ بالملكية من ضمان

فى هذا الصدد سنعرض لبساطة وفعالية هذا الشرط، ثم نعرض بعذ ذلك لمدى احتجاج الغير بشرط الاحتفاظ بالملكية.

أولا: بساطة وفعالية شرط الاحتفاظ بالملكية

– تتأتى بساطة هذا الشرط فى أنه لا يستلزم أكثر من الاتفاق عليه بين بنود العقد.

ولذلك نجد أن هذا الشرط شائع فى بيع الالات الميكانيكية والدرجات وماكينات الخياطة والراديوهات والبيانوهات والتلفزيونات والثلاجات والغسالات والالات الكاتبة وغير ذلك من المنقولات. هذا الشرط متصور ايضا فى بيع المحلات التجارية والأراضى والدور والفيلات.

وفى بيع المنقولات يمثل شرط الاحتفاظ بالملكية وسيلة للضمان متلائمة مع المحل الاساسى للعقد، وهو نقل الحيازة فإذا لم يقم المشترى بدفع الثمن

يستطيع البائع أن يطالب باسترداد الشىء المبيع بإعتباره مالكا له مما يجنبه مزاحمة باقى دائنى المشترى له[١].

ولكن قد ظل هذا الشرط عديم الأثر عندما يكون المدين فى حالة افلاس على أساس أن باقى الدائنين يأخذون فى اعتبارهم الوضع الظاهر وهو أن الشىء يدخل فى الضمان العام للمديَن، خاصة وأن حيازة المدين للشىء المبيع تعزز هذا الوضع الظاهر.

فى فرنسا فى مرحلة لاحقة تدخل المشرع، على غرار القانون الالمانى، وأصدر قانون ١٢ مايو ١٩٨٠، المسمى بقانون Dubanchet ليعدل نص المادة ٦٥ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ وليجعل شرط الاحتفاظ بالملكية، تحت شروط معينة، نافذا فى مواجهة باقى الدائنين فى حالة الافلاس[٢]. ثم جاء بعد ذلك قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ الخاص بالتقويم والتصفية القضائية للمؤسسات وأخذ (م١٢١) بالاساس من نصوص قانون ١٢ مايو ١٩٨٠[٣]. وقد نص قانون ١٩٨٥ على أن البضائع[٤] المباعة مع شرط الاحتفاظ بالملكية يمكن المطالبة بها فى حالة إفلاس المدين، لكن هذه المطالبة يمكن أن تتعطل نتيجة مدد الدفع المحددة

(1) Ph. Malaurie- L. Aynès,op.cit., no. 754, p. 240.

(٢) وفسر تعديل قانون ١٩٨٠ بامرين، الأول، رغبة المشرع الفرنسى فى السير فى هذا الصدد على غرار معظم جيرانه الأوروبيين، والثانى اقتصادى، وهو نقل عبء الإئتمان على عاتق المتصرف اليه وحثه على الوفاء فى اسرع وقت ممكن كما أنه قد قيد من اثار الافلاس بالنسبة للمتصرف اليه.

(٣) انظر فى انتفاذة

- Derrida, Gode et sortas, Redressement et liquidation judciaire les entreprises, 2e éd, supra note 21, no. 251.

(4) Ph. Malaurie, L. Aynès ,op.cit., note 24 no. 754, P. 240.

مــن جانب مأمور التفليسة، والتى تنتهى على أقصى تقدير مع إنتهاء مدة المراقبة[1].

بالنسبة للشكليات ووسائل الشهر والعلانية لشرط الاحتفاظ بالملكية فقد إختصرت إلى أقل قدر ممكن. فيكفى أن يكون الشرط مكتوبا، على أكثر تقدير وقت التسليم. والعلة من إشتراط الكتابة هى تجنب كل مناقشة أو غش[2]، بالنسبة لباقى الدائنين الذى أصبح الشرط نافذا فى مواجهتهم. لكن السؤال الذى يطرح نفسه هو ما هى طبيعة هذه الكتابة.

فى هذا الصدد يوجد إتجاهان: إتجاه يذهب الى إشتراط أن يكون هناك وثيقة عقدية خاصة تنظم مبدأ وأوضاع شرط الاحتفاظ بالملكية. وفى رد الحكومة على سؤال مكتوب مقدم من أحد النواب، يتجه نحو نوع من الحرية من جانب البائع، حيث يكفى من حيث المبدأ، الشروط العامة .لكن هذا الرد يتجه بالنسبة للمشترى الى إشتراط قبول مكتوب للشرط، أو قبوله صراحة على الوثيقة المتضمنة هذا الشرط أو الاحالة الصريحة إلى الشروط العامة المتضمنة هذا الشرط[3]: لكن من المهم أن نعرف مدى مطابقة ذلك لقصد المشرع أو بصفة عامة للمبادىء التى تحكم هذه المسألة.

لو نظرنا الى نص قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ نفسه نجد أنه يشترط مجرد الكتابة، مما يسمح بفعالية الشروط العامة للبيع والتى تكون، بحسب تعريفها مكتوبة.

ومع ذلك ينبغى أن نأخذ فى الإعتبار أن القانون يشترط أن يكون الشرط

---

(1) F. Derrida, P. Gode, J.P. sortas, la lois du 25 Janv. 1985 III Les effets du jugement de redressement judiciaire à l'égard de l'entreprise, def. 1985, 33627, p. 1329, no.13 .

وانظر فى الشكلية المتطلبة فى القانون التجارى المصرى المادة ٢/١٠٦ تجارى جديد.

(2) J. Ghestin, synthése, no. 21 p. 285.

(3) J.O. 6 oct. 1980.

محل إتفاق. ولذلك نجد هنا أن الأمر يحتمل تفسيران: التفسير المتشدد يتطلب أن يرد الاتفاق بصفة خاصة على شرط الاحتفاظ بالملكية. التفسير الأقل تشددا يكتفى بأن يتضمن الاتفاق الشرط المكتوب، أى عقد البيع بمعنى آخر أن يكون مكتوبا وأن تكون هذه الكتابة فى وثيقة عقدية، فى طلب البضاعة فى خطاب التصديق، فى إذن التسليم أو فى الفاتورة والتى تكون عقد البيع وتحدد مضمونه. فى هذه الحالة قبول عقد البيع يعادل تماما قبول الشرط.

وهذا الرأى الأخير هو الذى يتفق أكثر والمبادىء العامة للقانون حيث أن هذه الكتابة ليست متطلبه لصحة شرط الاحتفاظ بالملكية بدليل أن هذا الشرط كان يعتبر صحيحا قبل صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠. كما أن هذه الكتابة ليست متطلبة إلا لحماية رضا المشترى، ولذلك يكفى قبول المشترى لعقد البيع، أياكان شكله حتى تتوافر الكتابة المتطلبة طبقا لنص قانون ١٢ مايو ١٩٨٠. فالكتابة المتطلبة طبقا لهذا القانون يعتبر شرطا للاحتجاج بالشرط فى مواجهة جماعة الدائنين وذلك لتجنب الغش للاضرار بحقوق هؤلاء الدائنين لذلك يكفى التحقق من هذه الحماية أن يكون قبول الشرط مؤكدا وأن يتم قبل تسليم البضاعة[١].

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى إتجاه تبسيط هذه الشكلية القانونية وقررت على إثر العديد من أحكام قضاة الموضوع، أنه ليس من الضرورى أن يقبل المتصرف اليه صراحة هذا الشرط[٢]. فعدم الاعتراض من جانبه على هذا الشرط مع علمه التام به يعادل القبول أيا كانت الوثيقة (فاتورة، إذن تسليم) التى ظهر عليها هذا الشرط[٣].

---

(1) J. Ghestin, synthèse, no. 17 p. 289.

(2) com. 19 fév. 1985 société Iso, B IV. no. 68.

(3) com. II mai 1984 B. IV, no. 154 D. 85 I.R. I. 17e espece, note Derrida.

لكن ينبغى أن يظهر هذا الشرط فى الحقيقة[١] وأن يذكـر قـبل كل تسليم[٢].

تتأتى فعالية هذا الشرط. من أنه يسمح للدائن بالمطالبة بالبضاعة فى حالة عدم الوفاء بالثمن فى ميعاد الاستحقاق. وعندما يكون المدين فى حالة إفلاس فان هذه المطالبة ينبغى أن تتم فعلا فى الثلاثة أشهر التى تبدأ من النطق بالحكم بفتح التفليسة (م ١١٥ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ فى فرنسا) لكن هذه المطالبة لا تتضمن مسبقا رفع دعوى الفسخ أو إثارة الشرط الفاسخ لأنه يترتب على فتح التفليسة تعطيلهما[٣].

هذه المطالبة تفترض من حيث المبدأ، أن تكون البضاعة مازالت فى حالتها العينية[٤]. لكن يخفف من هذه القاعدة السماح بالحلول العينى فى حالتين: الحالة الأولى، حالة إعادة البيع، حيث أن المطالبة ستنصب عندئذ على الثمن، بشرط إلا يكون قد تم دفعه نقدا، أو قيمة أو وقعت به المقاصة فيما بين المدين والمشترى (م١٢٢ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥)[٥].

الحالة الثانية: حالة هلاك البضاعة، حيث أن المطالبة ستنصب على

---

(1) com. 19 fevr. 1985, B. IV NO. 67.

(2) com., 9 Janv. 1985 B. IV, no. 21 J.C. P. 85 IV, 43.

(3) com. 1er oct. 1985 SARL club 119, B. IV, no. 222 commenté sur ce point par A. Ghozi, Nautre juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété, D. 1986, Chr. 317.

(4) L. 25 Janv. 1985, art 121 at 2, "Peuvent être revendiquées les marchandises si elle se retrouvent en nature" (V. égal L.13 Juilet, 1967, art 65).

(5) V. déjà L. 13 Juill 1967, art. 66.

مبلغ التأمين الذى حل محلها، عندما يكون الهلاك راجعا الى قوة قاهرة[1] وهذه القاعدة تستند ضمنا على المادة L. 121-13 C. ass.[2].

ودعوى الاسترداد الخاصة بالبائع باعتباره مالكا لا تقبل التجزئة بطبيعتها فهى تمارس بالنسبة لكل البضاعة طالما أنه مازال دائنا بجزء من الثمن[3]. هذا المبدأ يثير صعوبة فى حالة ما إذا تم حوالة جزئية لهذا الحق أو حوالة كلية له لعدة محال لهم[4]. وهذا بالتحديد وجه الضعف فى هذه الوسيلة من وسائل الضمان. فمحل هذا الضمان حق الملكية الذى يرد على الشيء ذاته، ولذلك فهو لا يتجزأ. وذلك على العكس فى حالة الرهن الرسمى أو الحيازى، حيث أن الدائن يمارس حقه فى التقدم على المقابل النقدى للشيء المرهون مما يسمح بتطويع العبء لمبلغ الدين المضمون[5].

ثانيا: مدي إنتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية علي سبيل الضمان

وضع المسألة:

قد يحتاج البائع أو المشترى الى الإئتمان، والسؤال الذى يطرح نفسه هل يستطيع أى منهما أن ينقل الى البنك على سبيل الضمان شرط الاحتفاظ بالملكية.

والوسائل الفنية المتاحة لتحقيق ذلك إما أن تكون حوالة للحق فى الثمن،

---

(1) com. 1er oct. 1985 préc. D. 86.246 note approb. M. carbillac

(٢) هذا التشبية مع الرهن الرسمى يعزز صفة الضمان لشرط الاحتفاظ بالملكية

3) com 15 mars 1988 Coudray, B. IV no. 106 1esp. D. 88.330 note F. Perochon .

(4) M. Cabrillac les accessoires de la créance Mélange Weill, 1983, pp. 107, et s.

(5) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op.cit., no. 680, p. 212.

أو الحلول الاتفاقى، أو التنازل عن عقد البيع ذاته ولنر بشيء من التفصيل كيف يتحقق ذلك من الناحية العملية.

- حوالة الحق في الثمن والحلول الاتفاقي

قد يتم إنتقال الحق فى الثمن عن طريق حوالة مدنية أو عن طريق تظهير للكمبيالة، أو عن طريق حوالة مبسطة بتسليم قائمة ديلى أو عن طريق الحلول الاتفاقى. (أنظر م ٣٢٧، ٣٢٨ مدنى مصرى).

فى كل هذه الوسائل لنقل الحق تظهر صعوبة عملية وهى معرفة ما إذا كان من الممكن الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان باعتباره من توابع الحق المحال به. سبب هذه الصعوبة يرجع الى أن القانون المدنى قد نص على هذه التوابع. فبالنسبة لحوالة الحق تنص المادة ٣٠٧ مدنى مصرى على أنه تشمل حوالة الحق ضماناته، كالكفالة والامتياز والرهن، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط (م١٦٩٢ مدنى فرنسى) وبالنسبة للحلول تنص المادة ٣٢٩ مدنى على أنه من حل قانونا أو إتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، ومايكفله من تأمينات.. (م١٢٥٠ مدنى فرنسى).

وفى هذا الصدد إنقسم الفقه. فمن الفقهاء من يرى بصدد الحلول الشخصى أن القانون الوضعى يسمح للموفى أن يحل محل الدائن فى دعوى الفسخ والشرط الفاسخ. ولذلك إنتهى هذا الرأى إلى أن الموفى يستفيد ايضا من شرط الاحتفاظ بالملكية(١). وقد أشار هؤلاء الفقهاء الى حكم محكمة القاهرة فى ٢٠ فبراير ١٩٣٥(٢).

---

(1) J. Mestre, la subrogation personnelle, thèse Aix, LG D.J. préface P. Kayser, P. 497 p. 548.

(2) Egypte, Judiciaire, II, P. 285 Rev. trim dr. Civ 1935, P. 694,no. 4 obs. R. Demogue.

ويرى بعض الفقهاء أن تشبيه شرط الاحتفاظ بالملكية بالشرط الفاسخ يعتبر بعيدا عن الحقيقة، فاذا كان فسخ البيع يسمح بالمطالبة برد البضائع، كشرط الاحتفاظ بالملكية لكن رخصة طلب الفسخ تعتبر مركزا متميزا مرتبطا ارتباطا وثيقا بالتقابل بين حقوق والالتزامات الأطراف فى العقود الملزمة للجانبين هذا المركز باعتباره صفة ملاصقة لكل هذه الحقوق فانه يمكن أن ينظر اليه على أنه غير قابل للانفصال عنها مما يسمح بانتقاله نتيجة الحلول. بينما على العكس شرط الاحتفاظ بالملكية يعتبر عنصرا مضافا باتفاق الأطراف الى المركز المتميز الناشىء عن الطبيعة الملزمة للجانبيين للعقد[١].

أما بالنسبة للقضاء قبل ١٢ مايو ١٩٨٠ فانه قد أخضع شرط الاحتفاظ بالملكية لنظام الشرط الفاسخ[٢]. لكن قراءة الأحكام بامعان تدل بوضوح على أنه لم يقل بالتشابه بين الشرطين[٣].

لكن لنا أن نتساءل هل يتعلق الأمر بتأمين عينى، أى بحق عينى تبعى للدين المضمون مما يترتب عليه إنتقاله مع هذا الدين.

قد ذهب بعض الفقهاء الى أن استعمال الملكية على سبيل الضمان قد تم اقراره فى القانون الوضعى مما يسمح بتشبيهها بالتأمين العينى بالمعنى الفنى. وليدلل على ذلك قد استشهد فى هذا الصدد بمثال الإيجار الائتمانى. والذى تلعب الملكية فيه دور الضمان دون أدنى منازعة[٤] لكن قد انتقد الفقه هذا الاستشهاد[٥].

---

(1) J. Ghestin, Synthèse , no. 33 p. 297.

(2) J. Stoufflet, vente avec réserve de propriété, utilisation de la réserve de přopriété pour La garnatie d'un crédit acheteur in actualité de droit de l'entreprise op.cit, p.173.

(3) J. Ghestin, Synthese , no. 33, p. 297.

(4) J. Stoufflet, Loc.cit.

(5) J. Ghestin, Loc. cit, no. 34, p. 298.

ومع ذلك يبقى هناك عقبة رئيسية وهى أنه لا يمكن إنشاء تأمينات جديدة غير الواردة على سبيل الحصر فى القانون. ولذلك يرى بعض الفقهاء أن إنتقال الاستفادة بشرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان الى الغير يعتبر فى القانون الوضعى محل شك[1]. كما أن هؤلاء الفقهاء اعترضوا على ماذهب اليه بعض الفقهاء من إعتبار أن الحلول أحسن وسيلة لهذا الانتقال[2].

من المؤكد أن الوفاء مع الحلول لا يؤدى الى انقضاء الدين ولا التأمينات الضامنة له ولكن على العكس من ذلك يؤدى الى إنتقالها الى الموفى. وفى الحدود التى يمكن أن يتم تشبيه شرط الاحتفاظ بالملكية بالتأمينات فإنه ينتقل هو الآخر مع الحق الى الموفى.

ومع ذلك ينبغى أن نأخذ فى الاعتبار الطبيعة الخاصة لهذا الضمان. فنقل ملكية المنقول المعين بالذات يتم بقوة القانون ومن وقت التعاقد. ونيتجة لشرط الاحتفاظ بالملكية نجد أن هذا الانتقال قد تأخر الى أن يتم الوفاء بكامل الثمن. فإذا ما تم دفع هذا الثمن عن طريق البنك الى الدائن، فإنه سيكون هناك دفع للثمن مما يؤدى الى نقل الملكية فى صالح المشترى (وليس فى صالح البنك) وذلك طبقا لشرط الاحتفاظ بالملكية ذاته.

ولتخطى هذه العقبة يمكن صياغة شرط الاحتفاظ بالملكية على نحو لا يجعل نقل الملكية موقوفا على الوفاء بكامل الثمن من جانب المشترى نفسه. لكن إذا كان ذلك ممكن طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية إلا أننا نرى أن قانون ١٢

---

(1) J. Ghestin, loc.cit.

(2) Ch. Gavalada, les aspects bancaires de la clause de réserve de propriété et J. stoufflet , op.cit.

مايو ١٩٨٠ لا ينطبق إلا على شروط الاحتفاظ بالملكية البسيطة. فهل هذا الشرط بتلك الصياغة يعتبر شرطا بسيطا وبالتالى يمكن الاحتجاج به فى مواجهة جماعة الدائنين!

- التنازل عن عقد البيع.

التنازل عن العقد هو نقل المركز التعاقدى لأحد الأطراف بما يتضمنه هذا المركز من حقوق والتزامات(١).

وتوجد تطبيقات عديدة لهذا التنازل فى القانون الوضعى فى الوقت الحاضر(٢). ومع ذلك فان النظام القانونى لهذا التنازل مازال غامضا ومحل خلاف(٣).

ويكفى أن نلحظ فى هذا الصدد أن التنازل عن البيع من جانب البائع الى أحد البنوك يتضمن بالضرورة نقل شرط الاحتفاظ بالملكية، لأن ماتم نقله ليس فقط الحق وتوابعه وإنما المركز التعاقدى فى جملته.

---

(1) P. Raynaud, les contrat ayant pour objet une obligation, cours D.E.A Paris, II. 1977 -78 p. 89 Ph. Malaurie, le cession de contrat, cours doctorat Paris, II, 1975 - 76.

(٢) انظر بحثنا في التنازل عن العقد، منشأة المعارف، ١٩٨٥.

(3) L. Aynés, la cession de contrat et les opérations á trois personnes, thése Paris, 1981, éd Economica, 1984, préf. Ph. Malaurie.

الخلاصة

استقر الفقه فى الوقت الحاضر على أنه السماح بانتقال الاستفادة بشرط الاحتفاظ بالملكية الى الغير لا يستلزم بالضرورة إعتباره تأمينا عينيا بالمعنى الفنى الدقيق. وإنما يكفى للسماح له بذلك أن يعتبر كضمان تبعى على غرار دعوى الفسخ، بمعنى أنه وسيلة مخصصة أساسا لضمان الوفاء بالحق(١).

كما أن السماح بهذا الانتقال يستجيب لاعتبارات عملية، حيث أنه يسمح للبائع بتداول حقه وبصفة خاصة بنقلة الى المؤسسة المانحة للإئتمان. كما أن هذا الانتقال قد سمح به فى القوانين الاجنبية(٢) وتقره الغالبية العظمى من الفقهاء(٣).

بالنسبة للقضاء الفرنسى نجد أنه بعد العديد من أحكام قضاة الموضوع(٤) فإن محكمة النقض الفرنسية قد أكدت أن الملكية الموقوفة،

---

(1) M. Cabrillac, art. préc. no. 20 et s. F. Perochon, la réserve de propriété dans la vente de meubles corporels thése. Montpellier, 1987, Bibl. dr. entreprise, t. 12, préf.J.M. Mousseron.

(2) C. Witz, la fiducie, sûreté en droit français, in l'évolution du droit des sûretés, colloque Deanville, op.cit., p. 67075.

(3) M. Pédamon, op.cit., p. 63; B.Soinne, la transmission de la clasue de réserve de´propriété, Gaz. Pal. 85. I. 287; ch. Mouly, procédures collectives, assainir le régime des sûretés, Et. Roblot, L.G.D.J. 1984, p. 529-564, F. Perochon, thèse précitée no. 230 258.

(4) En Cas de subrogation, Aix, 15 mars 1985, D. 85. I.R. 255, no. 22 note approb. Derrida, Rev.jur. com. 85 -175 note approb. J. Mestre; Paris 28 nov. 1985, D. 86.I.R. 169, 9e esp. note Derrida; Paris 1er Juill 1986,D. 87. som. 452, note L. Aynès.

تابعة للدين، تنتقل معه فى حالة الحلول الشخصى[1]، هذا الحل عام ويجب تطبيقه على كل وسائل إنتقال الحق فى الثمن[2].

وفى النهاية نحن نرى أن نصوص التقنين المدنى المصرى تسمح بالأخذ بكل هذه الحلول بشرط توفير وسيلة شهر معينة. وهذا ما قام به المشرع التجارى فى المادة ٢/١٠٦ تجارى جديد.

المبحث الثاني

الإيجار الائتماني

Crédit - bail - leasing

تمهيد:

يعتبر الإيجار الائتمانى وسيلة تمويل حديثة نسبيا. فلم تعرف فى فرنسا إلا اعتبارا من عام ١٩٦٢ وقد ظهرت هذه الوسيلة من قبل فى الولايات المتحدة منذ عام ١٩٥٢ عندما كانت سوق رؤوس الأموال متوسطة الأجل محدودة وغير منتظمة[3].

والإيجار الائتمانى وإن كان يعتبر فى جوهره عملية تمويلية إلا أنه لا

---

(1) Com. 15 mars 1988; 1er arrêt Coudray précité, com. 15 mars 1988, 2e arrêt Cauzette - Rey, B. IV, no. 10, D. 88. 330, note F. Perochon.

(2) Ph. Malaurie , L. Aynès, les sûretés, op.cit., no. 755, p. 243.

(3) C. Cavalda et J. Stoufflet, Droit de la banque, P.U.F. 1er d 1974, no. 491 , p. 649.

يمكن إعتباره مجرد عملية إئتمان بسيطة. ولذلك نجد أن هذه العمليات تتم فى الغالب عن طريق البنوك والمؤسسات المالية[١].

هذا الإيجار قد يرد على عقار كما قد يرد على منقول ولكنه فى كلتا الحالتين يهدف إلي تحقيق أغراض متشابهة[٢]. الفارق الجوهرى بين كل من الائتمان الإيجارى العقارى والائتمان الإيجارى الوارد على منقول هو أن الأول يعتبر من قبيل الائتمان طويل الأجل (١٠-٢٥ سنة) والثانى يعتبر من قبيل الائتمان متوسط الأجل (٣-٨ سنوات) مع ما يترتب على ذلك من نتائج على نطاق تكلفة الائتمان.

تعتبر التكلفة الاقتصادية لهذا الائتمان مرتفعة بصفة عامة. فالايجار الائتمانى الوارد على منقول تتراوح تكلفته مابين ١٥-١٨٪ وهذه التكلفة مرتفعة بصفة خاصة بالنسبة للعمليات الصغيرة مقارنة بالسعر الجارى للائتمان متوسط الأجل والقابل للخصم[٣]. وبالنسبة للايجار الائتمانى العقارى فان تكلفته مرتفعة جدا إذا أخذنا فى الإعتبار الطبيعة الخاصة لهذه العقود التى تؤدى فى نهاية الايجار إلي نقل الملكية الممولة للمستأجر نتيجة الخيار بالشراء الذى يتضمنه العقد. كما أن تكلفة هذا الائتمان فى إرتفاع مستمر نتيجة للضمانات المشترطة (الرهن الرسمى) وللمدة الطويلة، ولإستحالة التداول كما أن صعوبة تحويله الى ودائع سائلة أو شبه سائلة تزيد

---

(١) فى فرنسا نص قانون ٩ يوليو ١٩٦٦ والمكمل بالقرار رقم ٨٣٧ -٦٧ فى ٢٨ سبتمبر ١٩٦٧ على ان الذى يقوم بهذ العمليات البنوك والمؤسسات المالية.

(٢) أنظر المادة ٢ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ فى مصر، والمادة الأولى من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ فى لبنان.

(3) C. Gavalda et J. Stoufflet, op.cit., no. 491 bis, p. 652.

من هذه التكلفة كثيرا. ولذلك ليس بمستغرب أن الائتمان طويل الأجل سهل التداول أو التسييل مفضل أكثر فأكثر إذا أتيحت له السبل[١].

لكن فى مقابل ذلك هناك مزايا عديدة لهذه الوسيلة التمويلية وهى غالبا ماتكون مزايا ضريبية. فبالنسبة للايجار الائتمانى الوارد على منقول نجد أن الأجرة تظهر فى حسابات المؤسسة كمقابل للاستغلال وبالتالى تدخل فى بند المصاريف العامة التى تخصم من الارباح الخاضعة للضريبة. وبالنسبة للايجار الائتمانى العقارى نجد أن هناك مزايا ضريبية للشركات العقارية القائمة عليه كالاعفاء من الضريبة على الشركات، وخفض الرسوم العقارية فى نهاية العقد وغير ذلك[٢].

ونتيجة لنجاح هذه الوسيلة فى الحياة العملية فان قطاع المستفيدين منها قد إتسع نطاقه. ولذلك فانه يلجأ الى هذه الوسيل غالبا المؤسسات الصناعية والتجارية، وفى نطاق ضيق تلجأ اليها المؤسسات الزراعية أو الحرفية[٣]. بل وقد تلجأ الهيئات الحكومية إلي هذه الوسيلة[٤].

ولدراسة الإيجار الائتمانى سوف نقسم الدراسة الى مطلبين: المطلب الأول، نعرض فيه لفكرة الإيجار الائتمانى وجوهره، وفى المطلب الثانى ندرس مدى مايحققه من ضمان.

---

(1) C. Gavalda et J. Stoufflet, op.cit., no. 496, p. 664.

(2) C. Gavalda et J. Stoufflet, op.cit., no. 491, p. 651.

(3) C. Gavalda et J. Stoufflet op.cit., no. 491 bis, 650.

(٤) مثال ذلك هيئةالبريد والاتصالات فى فرنسا.

المطلب الأول: فكرة الإيجار الائتماني وجوهره

إننا نود أن نؤكد منذ البداية أن القصد من دراسة فكرة الإيجار الائتمانى وجوهره هو الوقوف على حقيقة هذه الوسيلة لمعرفة مدى توظيفها فى تحقيق الضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية، وليس الدراسة التفصيلية للايجار الائتمانى لأن ذلك يخرج عن نطاق دراستنا، ولذلك إن أهم مايعنينا هو إلقاء الضوء على هذه الفكرة والكشف عن جوهرها للوقوف على آلية النظام الذى يحكمها.

لذلك سنقسم الدراسة فى هذا المطلب الى ثلاثة محاور رئيسية:

أولا: نحاول أن نبين مكمن الصعوبة فى هذه العملية وذلك بدراسة الإيجار الائتمانى بإعتباره عملية تمويلية تتم بوسائل قانونية تقليدية.

ثانيا: دراسسة الإيجار الائتمانى باعتباره نموذجا لتراكب أنظمة قانونية لعدة عقود مسماة.

أولا: الإيجار الائتماني عملية تمويلية بوسائل قانونية تقليدية

وهنا سنعرض للصورة العملية الغالبة للايجار الائتمانى، ثم نعرض بعد ذلك للصور الأخرى له، وأخيرا نلقى الضوء على تميز هذه الوسيلة عن غيرها من الوسائل القانونية.

١- الصورة العملية الغالبة للايجار الائتماني

الصورة العملية الغالبة لهذا الاتفاق التمويلى فى الأجل المتوسط تتم على النحو التالى: المؤسسة التى ترغب فى أن تؤمن لنفسها حق إستعمال الأدوات أو المعدات أو التجهيزات طبقا لهذا الشكل تقوم بنفسها بإختيار ما تحتاجه منها لتكون محلا لعقد الإيجار الائتمانى بعد التوقيع على هذا العقد، تقوم بالشراء من المنتج لحساب شركة الإيجار الائتمانى. هذه الأخيرة تقوم بالدفع وتضع هذه الادوات تحت تصرف المؤسسة مقابل إيجار مع خيار بالشراء فى

نهاية العقد. للمستأجر الائتماني في نهاية العقد ثلاث خيارات: رد هذه الادوات، تجديد العقد، شراء هذه الادوات بالقيمة التجارية المحددة من الأصل مع العلم بأن الغاية الطبيعية للعقد هي الإنتهاء بشراء هذه الأدوات[١].

أما بالنسبة للايجار الائتماني العقاري فإنه إيجار عن طريق المستأجر الائتماني للعقار متضمنا وعدا بالإرادة المنفردة بالبيع من جانب شركة الإيجار الائتماني للمستأجر الائتماني مقابل ثمن محدد سلفا مع الأخذ في الاعتبار الأجرة المدفوعة. هذا العقد يأخذ شكلا من ثلاثة أشكال بحسب ما إذا كان العقار مبينا أو تحت الإنشاء، وبحسب ما إذا كانت شركة الايجار الائتماني مالكة للارض والمباني في نفس الوقت أم لا[٢].

---

(١) وقد أورد المشرع الفرنسي تعريفا لهذا الاتفاق في قانون ٢ يوليو ١٩٦٦ وقد عرفه بأنه عمليات تأجير للتجهيزات والأدوات والالات المشتراه لهذا الغرض بواسطة مؤسسات معينة، تظل محتفظة بملكيتها، على أن تتضمن هذه العمليات أيا كان تكييفها، إعطاء المستأجر إمكانية شراء، كل أو بعض، هذه الأموال المؤجرة في مقابل الثمن المتفق عليه مع الأخذ في الاعتبار، على الأقل لجزء منها، الدفعات التي تم دفعها على سبيل الايجار.

وقد عرفت المادة الأولى من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ في لبنان الإيجار التمويلي بأنه «يقصد بعمليات الإيجار التمويلي عمليات تأجير تجهيزات ومعدات وآليات على أنواعها مشتراه من المؤجر بهدف تأجيرها مع الاحتفاظ بملكيتها، شرط إعطاء المستأجر حق تملكها لقاء ثمن متفق عليه تحدد شروطه عند إجراء العقد مع الأخذ بالاعتبار، ولوجزئياً، الأقساط المدفوعة كبدلات إيجار».

ويبدو أن هذا التعريف القانوني غير شامل، أو جامع لكل صور الإيجار الائتماني حيث أنه يستبعد، بمفهوم المخالفة الأموال غير الواردة في النص كالسيارات مثلا. ولذلك جرت شركات الإيجار الائتماني على أن تقوم بالعديد من العمليات المختلفة عن الواردة في قانون ١٩٦٦.

وهذه العمليات لا يمكن بطبيعة الحال تجاهلها انظر في تفصيل أكثر:

C. Gavalda et J.Stouffet, op.cit., no.49 Bis, p. 651.

وقد استبعد القانون المصري صراحة سيارات الركوب والدراجات الآلية من نطاق الأموال موضوع عقد الإيجار التمويلي (م/ ١/٧ من القانون السابق الإشارة اليه).

(٢) في فرنسا القيام بهذه العمليات قاصر على شركة S.I,.C.O.M.T.

انظر في تفصيل أكثر C. Gavalda et J. Stoufflet, op.cit., no. 496, p. 664.

وكما هو واضح أن أهم ما تنطق به هذه الصورة هى الطبيعة التمويلية للايجار الائتمانى الوارد على منقول او عقار. هذه الطبيعة التمويلية يقابلها بناء قانونى معين يسمح لكل طرف بأن يحقق الأغراض التى يسعى اليها ويحدد فى نفس الوقت الدور الذى ينبغى عليه أن يقوم به. فكل طرف يقصر تحرياته على نطاقه الخاص: هذه التحريات مالية بالنسبة للمؤجر الائتمانى، وفنيه بالنسبة للمستأجر الائتمانى[1]، فاختيار الأدوات أو المعدات أو التجهيزات، وبائعها، وتحديد أسعارها، وشروط ومدد الدفع، وشروط ومدد التسليم..الخ. تكون من إختصاص المستأجر الذى يتأمل فى كل ذلك مليا بالنظر الى المقتضيات الخاصة به (كيفية الاستغلال، العائد المنتظر منه، وما إلى ذلك). أما بالنسبة للمؤجر تقتصر التحريات أساسا على يسار وجدية المستأجر، والفرض أنه قد سبق التحقق من ذلك، العائد من رأس المال المستثمر فى شراء هذه الأدوات محل الإيجار، إختيار وسيلة الضمان المناسبة.

هذه الوسيلة تحقق مزايا واضحة بالنسبة لمختلف الأطراف فبالنسبة للمؤجر الائتمانى فإنه يحتفظ بملكية الأدوات أو العقار مما يسمح له بالاحتجاج بها على الغير إذا ماقام بإجراءات الشهر المتطلبة قانونا. علاوة على ذلك فإنه يتخلص من أعباء الصيانة والمحافظة على الأدوات محل

---

(١) بالنسبة للايجار الائتمانى العقارى فان التحريات تكون اكثر تعقيدا حيث أن المستأجر يحدد شروط الشراء للمكان وللارض والبناء المحتمل ويختار مكاتب إعداد الدراسة. والمهندسين والمقاولين واعداد الرسومات..الخ. فى بعض الأحيان يكون ذلك بمساعدة المؤجر ويقوم المستأجر بذلك بصفته وكيلا عنه أو عن المقاول العام.

انظر El. Mokhtar bey La propriété le crédit bail evisagé.,comme une sûreté, in l'évolution, du droit des sûretés, Rev. jur com. févr, 1982 no. 6 p. 50 note.

الإيجار الائتمانى وكذلك من متابعة تنفيذ عقد الشراء أو المطالبة بتنفيذ ما ينشأ عنه من التزامات حيث يقوم المستأجر عادة بذلك بالنيابة عنه.

بالنسبة للمستأجر الائتمانى على المستوى الاقتصادى نجد أن العقد يسمح له، وبدون مساهمة من جانبه، بتمويل ١٠٠ ٪ من إستثمارته بما لاتحققه له أى وسيل قانويية أخرى. ولذلك نجد أن الإيجار الائتمانى يسمح للمؤسسات التى تلجأ اليه بعدم تأجيل استثماراتها، بل تحقق هذه الاستثمارات على ميزانية الاستغلال بما تتيح لها تجنب العقبات الناشئة عن تقادم التكنولوجيا بحيث لا تستأجر إلا بعض الأدوات ولمدة مناسبة، وخاصة فى عصر من أهم سماته تطور التكنولوجيا بمعدلات سريعة للغاية.

كما أ الإيجار الائتمانى العقارى يسمح للمؤسسات التى تلجأ اليه أن تحقق الاستثمارات العقارية بطريقة تدريجية. كما يسمح للمؤسسات تحت التوسع بعدم الاضرار بميزانيتها المالية من أجل الإنشاءات العقارية والاحتفاظ بجهودها للادوات والمعدات اللازمة للبحث والانتاج بالمعنى الدقيق[١].

على المستوى الضريبى، نجد أن الإيجار الائتمانى، العقارى أو المنقول، يحقق فى الغالب لكل من المستأجر الائتمانى والمؤجر الائتمانى مزايا ضريبية غير منكورة[٢].

---

(١) القانون الفرنسى يقصر الالتجاء الى هذا الايجار على العقار اللازم لاستعمال المهنى، ومنذ عام ١٩٨٦ قد سمح به كذلك للحرفيين والصناع.

(٢) انظر القانون الفرنسى الصادر فى ٩ يوليو ١٩٦٦. انظر المادة ٢٦ من قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ ومابعدها فى مصر، وانظر المادة ٢/١١ من قانون ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ فى لبنان.

٢- صور خاصة للايجار الائتماني

الى جانب الصورة المألوفة للايجار الائتمانى توجد له صور أخرى سواء على مستوى التجارة الخارجية أو التجارة الداخلية.

ففى مجال التصدير نجد فى بعض الأحيان يتم اللجوء الى هذه الوسيلة لتمويل بعض العمليات الكبيرة (مثال ذلك طيارات الكونكورد والايرباس)[١].

كما أنه يوجد فى مجال التجارة الداخلية صور أخرى للايجار الائتمانى فهناك الإيجار الائتمانى المسمى le crédit bail adossé ou fournisseur وتتمثل هذه الصورة فى أن شركة منتجة للادوات أو معدات معينة (أو للانشاء) تتنازل عن إنتاجها لشركة إيجار ائتمانى والتى بدورها تتركه تحت يد الشركة المنتجة بمقتضى عقد إيجار ائتمانى مع الترخيص لها بتأجير هذه الأدوات الى مستأجرين إما بمقتضى عقد ايجار إئتمانى أو عقد إيجار عادى.

النموذج الآخر هو مايسمى بـ lease - back والذى يمكن ترجمته بعقد الإيجار الائتمانى المرتد (أو اللاحق) وتتمثل صورته فى أن الشركة تشترى من شركة تابعة لها مال معين ظاهر فى أصولها ثم تعود وتؤجره لها مع وعد بإعادة البيع. إقتصار هذه الصورة على طرفين لا يستبعد تكييفها كايجار إئتمانى[٢].

---

(1) C. Gavalda et J. Stoufflet, op.cit., no. 491 bis, p. 656.
(2) C.Gavalda, et J. Stoufflet, op.cit., no. 491, p. 656.

٢- تمييز الايجار الائتماني عن غيره من الوسائل المشابهة

طبيعة عقد الإيجار الائتمانى معقدة ودقيقة ويصعب تحديدها. وذلك لأن الإيجار الائتمانى عملية تمويلية يتم تحقيقها من الناحية القانونية عن طريق العقود التقليدية ويخضع لنفس نظمها[١].

ومع ذلك فإن الإيجار الائتمانى يتميز عن le renting وهو عبارة عن تأجير خدمة (لأجل قصير قابل للتجديد). ولذلك نجد أن الشركة المؤجرة يقع عليها عبء صيانة أدواتها. كما أن المستأجر فى هذا العقد ليس له خيار الشراء[٢].

كما أن الإيجار الإئتمانى لا يمكن إبتساره فى عقد من العقود المسماة، كايجار الاشياء، أو البيع الإيجارى، أو البيع بالتقسيط. هذا الايجار وإن كان يمكن تشبيه بعقد الايجار المقترن بوعد بالبيع إلا أن هذه الصورة لايمكن أن تستنفد ثراء هذه العملية التمويلية والتى هى أكثر من مجرد عملية تأجير، ودون أن تكون مجرد عملية إئتمان بسيطة.

فالايجار الائتمانى هو بالأحرى نوع من التأجير التمويلى[٣] للادوات والتجهيزات والذى بمقتضاه يستطيع المؤجر الائتمانى، وهو بالضرورة مؤسسة مالية أو بنك، أن يستهلك أو يجعله مصدرا للايراد، خلال مدة الايجار وطبقا للوسائل الفنية الملائمة، رأس المال المستمثر فى شراء الاشياء المعدة للتأجير. أما بالنسبة للمستهلك فإنه يعتبر كقرض لمبلغ من النقود فى

---

(1) Cass. civ, 3e , 10 Juin 1980, D.S.1980, 566 note Yves, Guyon, cité par E.M. Bey, op.cit., p.45 note 9.

(2) B. Starck, Droit civil, obligation, L.T. 1972, no. 1856, p 552.

(3) E.M. Bey, op.cit., no. 4 p. 49.

الأجل المتوسط أو الطويل يستهلكه بالتدريج عن طريق الوفاء والذى يتم مع إكتساب معاصر ومتناسب للمال المؤجر(١).

ثانيا: أثر تراكب الانظمة القانونية لعقود مسماة تقليدية

يتضح مما سبق أن الإيجار الائتمانى يستمد خصائصه من عدة صيغ تعاقدية تتعاصر وتتداخل لتكون عقدا آخر مختلف عن مفردات هذه الصيغة الجمعية.

الهدف من عملية الايجار الائتمانى هو أن يضع تحت تصرف المستأجر الائتمانى خلال مدة دنيا غير قابلة للالغاء بعض الأدوات أو المعدات أو التجهيزات ورخصة لاكتساب ملكيتها بثمن قد تحدد مقداره سلفا. هذه الرخصة فى الخيار تعتبر إحدى خصائصه الأساسية وغيابها يؤدى الى عدم وجود عقد إيجار ائتمانى حقيقى.

الايجار الائتمانى يعتبر فى الغالب من العمليات ثلاثية الأطراف المؤجر الائتمانى، المستأجر الائتمانى، البائع أو المورد. فى هذه العملية تتراكب الأنظمة القانونية للعقود المختلفة التى إستمد الايجار الائتمانى منها خصائصه. وقد إنعكس ذلك بوضوح علـى مركز أطرافه وهذا ماسنبينه الآن.

١- مركز أطراف الإيجار الائتماني

– بالنسبة للمستأجر الائتمانى: يكون له الحق فى استعمال الشىء محل العقد والانتفاع به خلال مدة دنيا غير قابلة للالغاء. هذه المدة قريبة من المدة المتعلقة بالاستهلاك الضريبى (٣-٨ سنوات). ويقع على عاتقه إلتزام

(1) E.M. Bey, op.cit, no. , p.49

بالمحافظة عليه وصيانته هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية. يحظر عليه تأجير الشيء محل العقد من الباطن. كما يجب عليه أن يقوم بالتأمين عليه ضد كل المخاطر الناشئة عن أفعاله الشخصية أو عن أفعال الغير.

أخيرا يقع عليه التزام بدفع أجرة معينة مقابل هذا الانتفاع. كما أن هذا المستأجر له صفة الوكيل عن شركة الايجار الائتمانى عند شراء هذا الشيء.

فى عقد الإيجار الائتمانى العقارى فى الغالب تكون مدته طويلة (١٠–٢٥ سنة) وهذا ما يفسر ربط الأجرة فيه بتكاليف البناء.

ولهذا المستأجر رخصة شراء الشيء محل العقد فى نهاية مدته. هذه الرخصة تعتبر جوهر عقد الإيجار الائتمانى بحيث لا يتصور وجوده بدونها[١].

بالنسبة للمؤجر الائتمانى: يقع عليه التزام بتمكين المستأجر الائتمانى من الانتفاع بالشيء محل العقد وإستعماله خلال مدة غير قابلة للالغاء. كما يقع عليه التزام بضمان التعرض القانونى من جانب الغير لهذا الانتفاع. وفى مقابل ذلك له حق فى الأجرة المدفوعة (شهريا، أو ربع سنوية، أونصف سنوية) هذه الأجرة تغطى غالبا قيمة المال بالإضافة الى فوائد النقود المستثمرة وأعباء شركة الايجار الائتمانى، علاوة على هامش ربح لهذه الشركة. وفى غير هذه الحالة فإن الأجرة تحسب على أساس معدل متماثل أو متناقص أو دورى بحسب الأحوال.

---

(1) C. Gavalda et J. Staufflet op.cit., no. 491 p. 652.

عقد الإيجار الائتمانى يتطلب حدا أدنى من التعاون من جانب المستأجر الائتمانى فى إطار عقد من عقود الثقة[1].

ضمانات شركة الإيجار الائتماني: لتؤمن شركة الايجار الائتمانى نفسها ضد عدم الوفاء بالآجرة قد تلجأ الى عدة ضمانات إتفاقية: فقد تلجأ الى الكفالة (من جانب شركة من مجموعة الشركات التابع لها المستأجر الائتمانى أو من جانب شركة الكفالة التبادلية) أو الى التأمين على حياة مديرى الفرع، المستأجر الائتمانى، أو التأمين ضد الأضرار التى تصيب المال المؤجر، أو الى الشرط الفاسخ الصريح، أو الى الوديعة على سبيل الضمان..الخ[2].

لكن فى الغالب ينص فى عقود الإيجار الائتمانى على شرط جزائى عند التخلف عن الوفاء بالأجرة أو التأخر فى هذا الوفاء. عمل هذا الشرط يؤدى، علاوة على استرداد الشىء، إلى استحقاق فورى للآجرة المستحقة عن المدة المتبقية فى العقد، بالإضافة الى دفع مبلغ معين على سبيل الجزاء. (قارن المادة ٢/١١ قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ فى مصر).

هذا الشرط الجزائى وجه العسف فيه واضح. ولذلك كانت هناك محاولات عديدة من جانب الفقه والقضاء الفرنسى لمحاربة هذا العسف الشديد ولكن لم يكتب لها النجاح[3].

وقد تدخل المشرع الفرنسى ليضع حدا لهذه الممارسة التعسفية من جانب

(1) C. Gavalda et J. Stoufflet, op.cit., no. 491 bis, p. 652.

(2) Ibid, no. 491, p. 654

(3) Ph. Malaurie la révsision judiciaire de la clause penale, (Loi No. 15 597 du 9 juillet 1975) Defrénois, 15 avril, 1976, 31075, 533 et S.

شركات الإيجار الائتمانى بمقتضى قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ الذى أعطى القاضى سلطة تعديل الشرط الجزائى المبالغ فيه بدرجة كبيرة[١] .

أهم هذه الضمانات على الاطلاق ما يخوله الايجار الائتمانى للمؤجر الائتمانى من إمكانية استرداد الأموال المؤجرة فى مواجهة جماعة الدائنين فى حالة تصفية أموال المدين بشرط أن يكون قد تم شهرا لعقد[٢] وهذا مايجرنا إلى الحديث عن وسائل الشهر والاحتجاج بهذا العقد على الغير.

٢- وسائل الشهر والاحتجاج على الغير

إن أهم ما يثيره الايجار الائتمانى من مشاكل هو أن وجود الاشياء محل العقد، والمملوكة لشركة الايجار الائتمانى، تحت يد المستأجر الائتمانى قد يخلق له نوعا من اليسار الظاهر ما يترتب عليه من خداع للغير، ولذلك إستوجبت حماية هذا الغير. هذه الحماية لا تتأتى إلا عن طريق تنظيم وسائل للشهر والعلانية للايجار الائتمانى[٣] .

ففى فرنسا مثلا قد تم تنظيم هذه العلانية على أساس أن يتم شهر الإيجار الائتمانى على المنقول فى قلم كتاب المحكمة التجارية الواقع فى دائرتها

---

(1) A. Weill, F. Terré, Droit civil, les obligation, no. 457, p. 497, Ph. Malaurie, L. Aynès, droit civil les obligaiton, no. 514, p. 365.

(٢) انظر مادة ١٩ / ب من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ فى مصر، المادة ٨ من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ فى لبنان.

(٣) تنص المادة ١/٣ من قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ فى مصر على أن «تعد الجهة الإدارية المختصة (وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية) سجلا لقيد المؤجرين،كما تعد سجلا آخر لقيد عقود التأجير التمويلى التى تبرم أو تنفذ فى مصر أو يكون أحد أطرافها مقيماً فيها، وعقود البيع التى تتم إستناداً اليها، وكذلك أى تعديل لهذه العقود، ويجب أن يتضمن القيد تحديد المال المؤجر وبيان أطراف العقد وصفاتهم بالنسبة لهذا المال ومدة التعاقد والبيانات الواردة فى عقود البيع».

التسجيل الرئيسى للمستأجر الائتمانى فى السجل التجارى. فإذا كان صاحب الشأن ليس تاجرا فان الشهر يتم فى قلم كتاب المحكمة الواقع فى دائرتها المؤسسة التى تم إبرام عقد الإيجار الائتمانى للوفاء بحاجياتها (م٤ من مرسوم ٤ يوليو ١٩٧٢)[1]. (وقارن المادة ٦ من قانون ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ فى لبنان).

كما أن المؤجر الائتمانى لا يستطيع أن يحتج بحقوقه على هذه الأموال، التى احتفظ بملكيتها، فى مواجهة الدائنين أو الخلف الخاص الذى تلقى حقه معاوضة من عميله إلا إذا شهر هذا العقد (م٨) لكن بالرغم من غياب هذا الشهر فان هذه الحقوق يمكن أن يحتج بها فى مواجهة الغير إذا كان هذا الغير يعلم بصفة شخصية بهذه الحقوق[2].

وقد نظم القانون وسيلة شهر للابحار الائتمانى العقارى على غرار المحافظة على الرهون (مرسوم ٤ يوليو ١٩٧٢) كما أنه قد نص على جزاء شابه لما هو منصوص عليه بصدد الإيجار الائتمانى على المنقول[3].

العلانية المحاسبية لعمليات الإيجار الائتماني: وقد نظم ايضا مرسوم ٤ يوليو ١٩٧٢ نوعا من العلانية المحاسبية لهذه العمليات الائتمانية والتمويلية. هذا الدين الهام والمتوسط الأجل للمؤسسة يجب أن يظهر بوضوح فى الميزانية أو الحساب الختامى (م١٢، ١٣، ١٤)[4].

---

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit., les sûretés, no. 756, p. 244 .

(2) E.M. Bey, op.cit., no. 13, p. 52.

(3) C. Gavalda, et J. Stoufflet, op.cit., no. 491.p. 655

(4) Ibid, no. 496, bis, p. 664.

– وانظر المادة ٢/٢٥ من قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ فى مصر، المادة ١٢ من قانون ١٦٠ لسنه ١٩٩٩ فى لبنان.

وكما هو واضح فان الآمان القانونى للدائنين مرتبط بمباشرة بهذه العلانية المحاسبة ولذلك قد قرر المشرع جزاء جنائيا على تخلفها.

الخلاصة: آثار قانونية بعيدة المدي لهذه الوسيلة:

فى النهاية يجب أن نشير الى الآثار القانونية لتطور الإيجار الإئتمانى العقارى والمنقول. فى الواقع إن الإيجار الائتمانى قد أدى الى تغيير عميق فى أصول المؤسسات. فرأس المال العقارى لم يعد مملوكاً لهذه المؤسسات وأنما أصبح مملوكا لشركة الإيجار الائتمانى[1]. ما لم تستعمل رخصتها فى الشراء.

علاوة على ذلك نجد أن الإيجار الائتمانى قد أحدث تغييرا عميقا فى مجال التأمينات: فنجد تأمينات شخصية (كالكفالة) قد حلت محل التأمينات العينية فى حالات كثيرة. كما أن الائتمان الممنوح للشركات التابعة والتى تملك معظم أصولها شركات الايجار الائتمانى قد تم ضمانه بوسائل جديدة غير الرهن الحيازى أو الرهن الرسمى، بل ومختلفة الى حد كبير عن الكفالة فى صورتها التقليدية.

أخيرا، قد أصبح العنصر الأساسى المعول عليه فى منح الائتمان من جانب الدائنين هو حجم الأعمال، والآفاق المستقبلة للتوسع، وكذلك السيولة التى تملكها هذه الشركات التابعة وليس رأس المال العقارى. كما أن حجم نشاط المؤسسة قد أصبح عاملا أساسيا فى تقدير مخاطر الائتمان. وتطور أشكال الائتمان يؤكد الأهمية المتزايدة لهذا العامل.

(1) C.Gavalda, et J. Stoufflet, op.cit., no. 496, bis, p. 666.

المطلب الثاني: مدي ما يحققه الايجار الائتماني من ضمان

تمهيد:

يجب أن نبدأ بالتأكيد على حقيقة هامة وهو أن الضمانات لا تنحصر فقط فى نطاق التأمينات، وإنما فكرة الضمان تتجاوز هذا النطاق، خاصة وأن فكرة الضمان تعبر فى الواقع عن وظيفة إقتصادية أكثر من تعبيرها عن نظام قانونى محدد(١)، بينما نجد أن التأمينات تعبر عن نظام قانونى محدد له وسائله الفنية وسماته الخاصة. ولذلك فانه إذا كانت التأمينات تعد نوعا من الضمانات، فان العكس غير صحيح، إذ أنه ليس بالضرورة أن يكون كل ضمان نوعا من التأمينات(٢).

فقانون التأمينات نشأ كفرع مستقل يقوم حول أنظمة قانونية أساسية: الرهن والاختصاص والامتياز، والكفالة، بينما الضمانات لم تنحصر فى فرع معين من فروع القانون وإنما نجد أن هناك أنظمة قانونية فى قانون الالتزامات أو قانون الأموال تقوم على تحقيق وظيفة الضمان بصفة أصلية أو بصفة عارضة.

بعد هذه المقدمة الضرورية نستطيع أن نبحث الآن دور الاحتفاظ بالملكية فى الإيجار الائتمانى كوسيلة للضمان، ثم نعرض بعد ذلك لحدود وتبعات الاحتفاظ بالملكية كوسيلة لضمان.

---

(1) L. Aynès les garanties du financement, op.cit., no. 3 note 2 p.911.

(٢) أنظر فى تجاهل هذه الحقيقة وما ترتب عليها من نتائج غير منطقية

(2) El Mokhtar BEY, le crédit bail envisagé comme une sûrete, op.cit., spéc no. 1, p. 48.

أولا: دور الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان

يتضح مما سبق أن آلية الائتمانى، العقارى أو المنقول، تسمح للمؤجر الائتمانى بالاحتفاظ بملكية الشيء محل العقد، والذى قد تم تمويله بمعرفته، ويقوم المستأجر الائتمانى بالانتفاع به بمقتضى هذا العقد لقاء أجره معينة، قد تم تحديدها وفقا لمعايير معينة، ولهذا المستأجر خيار الشراء فى نهاية العقد.

ويبين من ذلك أن الإيجار الائتمانى كوسيلة تمويلية يرمى الى تحقيق عدة أهداف فى آن واحد من بين هذه الأهداف تحقيق ضمان للمؤجر الائتمانى عن طريق الاحتفاظ بالملكية ومايخول ذلك من حق استرداد الشيء محل العقد فى حالة تخلف المستأجر الائتمانى عن الوفاء بالتزاماته.

على ذلك فان وظيفة الضمان التى يقوم بها الايجار الائتمانى تعتبر من أهم خصائصه فى كل البلدان التى عرفت هذا النظام. بل أن المشروع التمهيدى للتنظيم الموحد بعمليات الإيجار الائتمانى والذى تم إعدداه عن طريق المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص U.N.I.DROIT فى روما قد ركز على المزايا المممنوحة لكل من المستأجر والمؤجر، وبصفة خاصة، إختيار المستأجر للشيء محل الإيجار ومورده وكذلك إنشاء حق مباشر لمصلحته فى مواجهة البائع، وأيضا ملكية المؤجر لهذا الشيء والتى تشكل نوعا من الضمان.

هذا الضمان يظهر بصورة أوضح فى أنظمة بعض الدول كالمانيا الاتحادية، حيث يميز بصدد ملكية المال المؤجر بين الملكية القانونية المحضة والتى تظل للمؤجر الائتمانى، الذى يأمل الا يسترد هذا المال على الاطلاق، والملكية الاقتصادية. والتى تخص المستأجر الائتمانى[1]، هذا

(1) E.M. Bey, op.cit., no. 9 p. 51, Ph. Malaurie, L. Aynés les sûretés, op.cit, no. 756, p. 243, 244.

يفترض بطبيعة الحال أن العمر الاقتصادى للمال محل العقد أطول بطريقة محسوسة عن مدة الإيجار[1].

فى الولايات المتحدة الأمريكية نجد أن تقنين التجارة الموحد قد وصف الإيجار الائتمانى بأنه تأمين Security interest وألقى على عاتق المؤجر التزاما بالقيام بتسيجله حتى يحتج به فى مواجهة الدائنين وخلف المستأجر.

ويترتب على إحتفاظ المؤجر الائتمانى بملكية الأدوات أو المعدات عدم إعتبارها عقارات بالتخصيص بالنسبة للمستأجر الائتمانى لتخلف شرط الملكية. وعلى ذلك إذا كان العقار المرصودة لخدمته مرهونا رهنا رسميا فلا تعتبر من مشتملات الرهن وبالتالى لايمتد اليها حق الدائن المرتهن.

كما أن تخلف المستأجر الائتمانى عن الوفاة بالأجرة يعطى للمؤجر الائتمانى الحق فى طلب الفسخ واسترداد الشىء محل العقد. وكذلك الحال عند الحكم ببطلان العقد.

غير أن أهم نتائج إحتفاظ المؤجر الائتمانى بملكية الشىء محل العقد هو إمكانية إسترداده فى حالة افلاس أو اعسار المستأجر الائتمانى وبالتالى عدم تعرضه لمزاحمة باقى الدائنين له بخصوص هذا الشىء حيث أنه لا يعتبر عنصرا من عناصر الضمان العام لهؤلاء الدائنين فلا يتعلق به حقهم بشرط أن يكون قد تم شهر العقد[2]. مما يسمح له ذلك بالتصرف بحرية فى أدواته أو معداته أو عقاره وحينئذ يكون قد حد من الضرر الذى يمكن أن يصيبه الى حد كبير.

---

(1) E.M. Bey, op.cit., no. 9 p. 51 spéc, note. 23.

(2) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés , op.cit., no. 756, p. 244.

ثانيا: حدود وتبعات الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان

هذا الضمان الناشيء عن الاحتفاظ بالملكية فى الإيجار الإئتمانى يترتب عليه فى بعض الحالات آثار محدودة بل وسلبية نتيجة للطبيعة المركبة لنظام التأجير التمويلى أو للايجار الائتمانى من ناحية، وعدم ملاءمة قواعد الشريعة العامة لبعض أوجهه الخاصة من ناحية أخرى.

فإذا كان التأجير التمويلى أو الإيجار الائتمانى يعتبر فى عرف المؤجر الائتمانى عملية إستهلاك وعائد مالى لاستثمار معين، فإنه يعتبر فى عرف المستأجر الائتمانى إستهلاك لقرض معين، مع إحتفاظ المقرض بملكية المال المؤجر بالاضافاة الى خيار الشراء للمستأجر.

هذه العملية تمثل بطبيعة الحال تطورا للافكار الاقتصادية ولكنها تكشف للاسف عن أزمة للنظم القانونية التقليدية للملكية وللتأمينات ولنظم العقود المسماة المختلفة التى تتفاعل فى هذه العملية. وهذا ما يتجلى بوضوح فى الفقرات التالية.

١- القيود الموضوعية

هذه القيود إما ترجع الى طبيعة العملية أو طبيعة محلها. وقد ترجع الى تعاصر وتفاعل أنظمة قانونية تعطى أولوية معينة لبعض الحقوق فى مواجهة صاحب حق الملكية.

أ- القيود التي ترجع الي طبيعة العملية أو طبيعة محلها

فى العلاقات التجارية الدولية قد لا يتسنى للمؤجر الائتمانى، فى كثير من الحالات، إسترداد الادوات أو المعدات أو التجهيزات محل الايجار الائتمانى إما لاعتبارات واقعية أو سياسية وإما لاعتبارات قانونية.

كما أنه في الحالات التى يتسنى فيها للمؤجر أن يسترد، بصفة عامة، هذه الادوات أو المعدات أو التجهيزات فانه قد يتعذر عليه التصرف فيها وخاصة إذا كان سعرها فى سوق البيع بالمزاد منخفضا. وهذا ما يفسر أن بعض الادوات، مثل النماذج الأولى أو التجهيزات ذات التقنية العالية والتى يتم تجاوزها بسرعة، لا يمكن تمويلها إلا بحذر شديد. وكذلك الحال بالنسبة للايجار الائتمانى العقارى خاصة إذا كان العقار المسترد ذو إيراد منخفض.

ب- القيود التي ترجع الي تعاصر وتفاعل الأنظمة القانونية

إذا كانت أهمية الاحتفاظ بالملكية كوسيلة للضمان تتجلى بوضوح فى حالة إفلاس المستأجر الائتمانى إلا أن القوانين فى بعض الدول أوردت بعض القيود.

ففى فرنسا مثلا، نجد أن قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ لم يسمح للمؤجر الائتمانى أن يسترد المال محل الإيجار فى حالة إفلاس المستأجر الائتمانى، بالرغم من إحتفاظه بملكيته للاسباب التالية: أولا: هذا القانون لا يرتب على الحكم بافتتاح الافلاس le jugement d'ouverture de la faillit (م٥٦) أى سقوط للأجل. ثانيا: بالنسبة للاجرة غير المدفوعة قبل الحكم نجد أنه يستحيل رفع دعوى الفسخ (م٤٧) أو التمسك بالشرط الفاسخ الصريح.

لكن على إثر مدة الملاحظة La période d'observation فإن التصفية القضائية la liquidation judiciaire هى وحدها التى تسمح للمؤجر الائتمانى باسترداد أمواله. أما فى الحالات الأخرى، فإن استمرار العقد يمكن فرضه، بل ويمكن أن يقترن ذلك، عند الضرورة، بإعطاء مهل (بصفة خاصة فى

حالة التنازل عن المؤسسة مادة ٨٦) . وفى هذا يظهر تفوق شرط الاحتفاظ بالملكية[١] .

بعض الدائنين للمستأجر الائتمانى قد يستفيدون، طبقا للقانون، بتأمين عينى أو بامتياز خاص. من ذلك فى المسائل البحرية نجد فى فرنسا أن المادة ٣١ من قانون ١٩٦٧ تنشىء لستة أنواع من الديون، إمتيازات تسمح بالحجز والبيع تحت إشراف القضاء للسفينة المحجوزة . هذه الديون هى رسوم الحمولة والميناء، ومصاريف الارشاد، ومصاريف الحراسة والمحافظة، ومكافآت الانقاذ..الخ[٢] .

وكذلك يتمتع مؤجر للعقار بامتياز ثمن يسمح له باستيفاء حقوقه من ثمن المنقولات الموجوده بالعين المؤجرة (م١١٤٣ مدنى مصرى م٢١٠٢ مدنى فرنسى)، مالم يكن يعلم أو فى استطاعته أن يعلم أن هذه الأموال مملوكة للغير. والقضاء القرنسى قد طبق المادة ٢١٠٢ من التقنين المدنى الفرنسى على الأدوات والمعدات المؤجرة إئتمانيا[٣] .

ولذلك فان ملكية المؤجر الائتمانى ليست مطلقة، ومع ذلك فإنه منذ أن تتم العلانية أو الشهر المطلوب قانونا فإنها تجعل المؤجر العقارى سىء النية. ففى الحدود التى يتم فيها تسجيل الايجار الائتمانى يعتبر عالما بأن الأدوات والمعدات الموجودة فى حيازة مدينة مملوكة للغير[٤] .

علاوة على ذلك فإن الدائن الذى أنفق على الشىء المؤجر مصاريف لصيانته أو المحافظة عليه فإنه يستطيع أن يمارس حقه فى الحبس على هذا

---

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op.cit., no. 756, p. 244.

(2) E.M. Bey, op. cit., no. 18, p. 53.

(3) T. Com Paris, 22 moi 1973, inédit, cité par E.M. Bey, op.cit, note 32, p.53.

(4) E.M. Bey, op.cit., no. 24 P. 54.

الشيء. وهذا يمكن أن يكون ضار بمصالح المؤجر الائتماني إذ يجد نفسه ملزما، وذلك ليسترد أدواته أو معداته، أن يدفع الدين لمستأجره الذى لم يف بالتزاماته.

٢- تبعات الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

يمكن أن تكون الملكية سببا خاصا للمسئولية المدنية أو الجنائية، الملازمة لاستغلال المال المؤجر، بالنسبة للمؤجر الائتماني. وبذلك تكون مصدرا لنفقات لا تتناسب مع الطبيعة الحقيقية لهذا النظام ووظيفته كضمان.

من ذلك أن تبعة هلاك الشيء محل الإيجار بسبب أجنبي لايد للمستأجر الائتماني فيه تكون على مالك الشيء أى على المؤجر الائتماني[١].

ومن أبرز الأمثلة على ذلك أيضا المواد L.233-5 et R.233-49 C. Trav. والمتعلقة بالمسائل الصحية والآمان. هذه المواد تفرض، تحت التهديد بتوقيع عقوبة جنائية، على المستوردين وعلى البائعين والمؤجرين لمختلف المواد والأدوات الجديدة أو المشتراه بالمزاد الواردة فى نصوص المواد83 - R. 233 et s.C. Trav بأن يقرروا للمستأجر صلاحية الشيء المؤجر أو المباع ومطابقته للمواصفات المفروضة وأن يضعوا لوحة على هذا الشيء الجديد بذلك. علاوة على ذلك المستأجر الذى تسلم وفقا لشروط مغايرة.. يمكن، بالرغم من كل شروط على خلاف ذلك، أن يطلب ، فى خلال مدة سنة إعتبارا من يوم التسليم، الفسخ للايجار (art 233-6) كما هو واضح فإن ملكية

---

(١) أنظر المادة ٢/١٠ من قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ فى مصر، ومع ذلك انظر المادة ٢/٤ من قانون ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ فى لبنان تنص على أن «تقع كذلك مخاطر هلاك المال المؤجر على المستأجر حتى لو حصل ذلك نتيجة فعل خارج عن إرادته».

الشيء يمكن أن تستوجب العقوبة. هذه الآثار تكون على خلاف الطبيعة الداخلية للايجار الائتمانى[1].

فى المسائل البحرية نجد أن اتفاقية بروكسل فى ٢٩ نوفمبر ١٩٦٩ تعتبر مالك السفينة المتهم مسئولا عن كل اضرار التلوث الاقليمى أو عن تسرب أو إلقاء الهيدروكربونات. ولا يمكن إعفاؤه إلا إذا أثبت أن الكارثة ترجع إلى حدث ذو طابع إستثنائى لايمكن تجنبه أو دفعه، أو للخطأ الجسيم أو العمدى للغير أو للمجنى عليه. ويمكن مع ذلك أن يحدد مسئوليته بمبلغ معين بصدد حادثة معينة واردة فى الاتفاقية مالم تكن الكارثة ناشئة عن خطئه الشخصى.

فالملكية بالرغم من أنها تشكل ضمانا قويا إلا أنها تعتبر بالنسبة للمؤجر الائتمانى، نتيجة للمسئولية الملقاة على عاتقه باعتباره مالكا، مصدرا لنفقات، تأمين مثلا لا يتناسب مع التوازن المالى للايجار الائتمانى[٢].

ومن ذلك ايضا نجد أن إحتلال المصنع على إثر إضراب وما ينشأ من ذلك، فى بعض الاحيان، من تخريب كامل أو جزئى للشيء المؤجر لا يخول للمالك الحصول على تعويض على أساس أن وثيقة التأمين لا تغطى مثل هذه المخاطر[٣]. أما بالنسبة للمسئولية المدنية الناشئة عن الاضرار التى تسببها الأموال المؤجرة وفقاً لأحكام القانون المدنى فإن المستأجر هو الذى يتحملها[٤].

هكذا نجد أن الايجار الائتمانى كوسيلة تمويلية قد تم تشبيه على المستوى الاقتصادى بالقرض، رغم ارتدائه طابع الإيجار. وإحتفاظ المؤجر الائتمانى

(1) E.M. Bey, op.cit., no. 29, p.54.

(٢) انظر بالنسبة لاعباء وتكاليف الضرائب E.M. Bey, op.cit., no. 30, p.55

(٣) انظر في أمثلة أخرى E.M. Bey, op.cit, no.30 p.55.

بالملكية فيه وإن كان لا يحقق له تأمين عينى بالمعنى الفنى الدقيق إلا أنه قد أدى وظيفته كضمان لاسيتفاء حقه وتقليل المخاطر التى قد يتعرض لها فى حالة تخلف الطرف الآخر على الوفاء بالتزاماته. وفى هذه الحالة الأخيرة نجد أن المستأجر الائتمانى قد فقد الأمل فى تملك الشىء المؤجر الذى كان سيتملكه إذا ماتم التنفيذ العادى للاتفاق وإستعمل فى نهاية العقد حقه فى خيار الشراء.

المبحث الثالث: البيع الإيجاري والإيجار المقترن بوعد بالبيع

تمهيد:

هذه العقود تعتبر أكثر من إيجار وأقل من أن تكون بيعا وتحليل هذه العقود يتسم غالبا بالصعوبة. فى الواقع إن الدافع إلى الالتجاء الى مثل هذه العقود هو تحقيق نوع من الضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية، وكذلك التمتع بالحماية الجنائية فى حالة تصرف المستأجر فى محل العقد قبل الوفاء بالثمن وتملك الشىء.

فى الحياة العملية الالتجاء الى هذه العقود قليل الى حد ما فى نطاق العقارات ولكن منتشر على نطاق واسع فى نطاق المنقولات. ويرجع السبب فى ذلك إلى تسهيل الدول المتقدمة ملكية العقارات عن طريق ماتمنحه من ائتمان للافراد فى هذا المجال، وبالتالى قله الحاجة الى الالتجاء الى مثل هذه الصيغة فى نطاق العقارات[٢].

---

(١) انظر المادة ١/١٠ من قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥، المادة ١/٤ من قانون ١٦٠ لسنة ١٩٩٩ فى لبنان.

(2) P. Lancereau, les contrats de location - vente et de location assortis d'une promesse de vente du 13 juillet, 1979, Rev. dr. immob. 1980, 22, no. 2.

هذه العقود تتضمن مخاطر مالية بالنسبة للمتصرف اليه الذى يدفع جزء من الثمن قبل نقل الملكية. وهذا المبلغ يكون كبير نسبيا فى نطاق العقارات، ولذلك فان الخطر يكون أكثر لأنه اذا كان يوجد للبائع امتياز لضمان استيفاء الثمن إلا أنه لا يوجد امتياز للمشترى الذى دفع الثمن ولم يتلق الملمكية. وهذا هو السبب الذى من أجله قد جرى العمل فى فرنسا بالنسبة لعقد الايجار المتضمن وعدا بالبيع على أن تكون الأقساط على مدد قصيرة ولا تتجاوز بصفة عامة ١٠٪ من الثمن. كما أن هناك قوانين أخرى فى فرنسا وفرت هذه الحماية للمشترى فى نطاق بيع الأموال المخصصة للاستهلاك قانون ٣ يناير ١٩٦٧، قد وضع المبدأ الأساسى بعدم الدفع تحت أى شكل كان من حانب المشترى للمعمارى - البائع قبل إنتقال الملكية[١].

هناك إستثناء بالنسبة للمساكن ذات الإيجار المتوسط .H.L.M ولبعض الشركات ذات الاقتصاد المختلط حيث يخول لهم الالتجاء إلى مايسمونه خطأ بالبيع بالأجل. نقل الملكية لا يتم فى هذه العقود الا بعد الاقرار بدفع كامل الثمن الذى يتم بين أيدى البائع على دفعات مقسطة سواء قبل أو بعد إتمام البناء (art L. 251-10 C. consr. et habit). وكذلك قد تم تنظيم الإيجار بالتخصيص عن طريق جمعيات تعاونية بالأسهم للاسكان ذو الإيجار المتوسط بالمرسوم رقم ١٠١٢ - ٦٥ فى ٢٢ نوفمبر ١٩٦٥ ولكن قد تم حذف هذا الشكل بالقانون رقم ٥٨٠ - ٧١ فى ١٦ يوليو ١٩٧١[٢].

وسوف نركز دراستنا على نقطتين أساسيتين:

أولا: التعريف بالبيع الإيجارى والإيجار المقترن بوعد بالبيع.

ثانيا: بيان مدى ماتحققه هذه العقود من ضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية

(1) P. Lancereau, op.cit., p. 23.

(2) P. Lancereau, op.cit., no. 2, p.23.

المطلب الأول: التعريف بالبيع الإيجاري

والإيجار المقترن بوعد البيع

(Location - vente et location assortis d'une promesse de vente)

فى هذا الصدد سندرس ماهية هذه العقود وأهميتها، ثم نحاول تمييزها عن غيرها من العقود التى قد تشتبه بها.

أولا: ماهيتها وأهميتها

وهنا نعرض على التوالى للمقصود بها، وللأهمية العملية لهذه العقود

١- المقصود بها

وهنا سوف نعطى لكل منها تعريفا يكشف عن جوهرها وكيفية عملها.

فبالنسبة لعقد البيع الإيجاري: نجد أنه فى الحقيقة عقد بيع بمقتضاه يؤجل نقل الملكية خلال مدة معينة وفى أثناء هذه المدة يوجد إيجار بين البائع – المؤجر والمشترى المستأجر.

- **أما بالنسبة لعقد الإيجار المتضمن وعدا بالبيع،** نجد أن هذا العقد أكثر إستعمالا من عقد البيع الإيجارى، هذا العقد يتضمن فى الواقع عقدين:

– إيجار وهو مرتبط بوعد بالبيع بالمفهوم التقليدى. وتكون مدة هذا الإيجار غالبا من ١٨ شهرا الى سنتين مع دفع أجرة يكون مستواها أعلى تقريبا من الأجرة فى سوق الايجارات جزء من هذه الأجرة يعتبر كمخصص للوفاء الجزئى بثمن البيع إذا ماتم. هذا الجزء من الأجرة متنوع للغاية

فيتراوح بين ٢٠ و٧٥٪ من الأجرة الإجمالية. فيما وراء ذلك فإن الأمر يتعلق بإيجاز عادى سواء بالنسبة لالتزامات المؤجر والمستأجر. ويلتزم المستأجر بصفة خاصة بتقديم وديعة على سبيل الضمان، للوفاء بالأجرة خلال مدة الإيجار.

بالنسبة للوعد بالبيع: هذا الوعد لايختلف بصفة عامة عن الوعد بالمفهوم التقليدى مع دفع المستأجر مقدم يتراوح غالبا بين ٥ و١٠٪ من الثمن. هذا المقدم يكون من حق البائع فى حالة ما إذا لم يبد المستأجر المستفيد من الوعد رغبته فى الشراء. لكن قد يحل محل هذا المقدم تعويض عن عدم التصرف indemnité d'immobilisation خلال مدة الوعد. هذا التعويض له نفس المحل. ويأخذ نفس الحكم. والثمن يتم تحديده وفقا لمؤشرات معينة حتى تاريخ البيع.

عند إنتهاء مدة الإيجار، وهى نفس مدة الوعد بالبيع، يكون عقد البيع قد تم إبرامه إذا ما أعلن المستأجر رغبته فى الشراء، ويتم خصم الجزء المخصص من الأجرة للوفاء بالثمن من الثمن المدفوع، وكذلك الأمر بالنسبة لوديعة ضمان الأجرة والأجرة المدفوعة مقدما.

ومع ذلك فإن عقد البيع يمكن أن يتم قبل إنتهاء مدة الإيجار، بل يحث البائعون المستأجرين على ذلك. ليس بربط الثمن بمؤشرات معينة فحسب، وإنما أيضا بتخصيص جزء أكبر من الأجرة للوفاء بالثمن كلما تم البيع مبكرا. ويطبيعة الحال يتم خصم المقدم أو التعويض عن عدم التصرف خلال مدة الوعد من الثمن عند تمام البيع.

وفى حالة تخلف المستأجر فانه قد يلزم بدفع مبلغ من التعويض عن إنهاء الإيجار قبل مدته، بل قد يلزم بدفع الأجرة المستحقة عن المدة المتبقية

للايجار. علاوة على ذلك يمكن أن يخسر المستأجر، طبقا للوعد بالبيع، المقدم الذى دفعه، أو التعويض عن عدم التصرف، فى المقابل للمستأجر أن يسترد، بصفة عامة، الجزء المخصص من الأجرة للوفاء بالثمن السابق دفعه خلال مدة الايجار والوعد.

مضمون هذه العقود متنوع للغاية. بل إن طبيعتها تتوقف فى الواقع على مبالغ الأجرة ومبالغ الدفعات التى تتضمنها وذلك بحسب ما إذا كان الجزء المخصص من الأجرة لدفع الثمن ذو أهمية من عدمه، وويحسب ما إذا كان مقدم الوعد بالبيع ذو أهمية من عدمه، وبحسب ما إذا كان سيترتب على عدم اظهار الرغبة فى الشراء فقد كل أو بعض المقدم من عدمه، سنكون بصدد ايجار أو بيع محض بحسب الظروف[1].

٢- أهميتها العملية:

يبدو أن عقد البيع الإيجارى أو الإيجار المقترن بوعد بالبيع فى مجال العقارات له منفعة اقتصادية غير منكورة. كما أن هذه العقود تحقق غالبا مصالح الطرفين.

فالمستأجر لديه رغبة لأن يصبح مالكا للمسكن الذى يشغله – هذه الرغبة تعبر فى نفس الوقت عن حاجات نفسية واقتصادية لدى الشخص. والبائع من جانبه يجد أن الصفقة تتم بسهولة ويسر نتيجة إقتصاده للوقت والمصاريف فى الدعاية والاعلان وأتعاب الوسطاء ولكن الشخص الراغب فى الملكية ليس لديه دائما وفى الحال المبالغ اللازمة لاكتسابها، لذلك فان

(1) P. Lancereau, op.cit., no. 9 p. 25.

الفترة التى يتم فيها الإيجار تعطية الوقت اللازم لتدبير هذه المبالغ وتجنبه ضياع الفرصة وتجعله يألف المكان الذى سيتملكه بصفة نهائية.

نحن نعلم الصعوبات الضخمة التى تصادف الشخص عند إكتساب الملكية وبصفة خاصة الشبان حديثى الزواج، ومايستلزمه ذلك من مبالغ كبيرة لا يتسنى فى الغالب توفيرها دفعة واحدة. كما أن البائعين وأصحاب العقارات المبينة براجهو غالبا بالقدرات المالية المحدودة للعديد من عملائهم المحتملين، وما قد يترتب على ذلك من خسائر محتملة فى بيع المساكن لمثل هؤلاء العملاء. وخاصة وأنه قد ينشأ مظهر كاذب لليسار نتيجة الحصول على الائتمان اللازم لدفع المقدم المطلوب فى مثل هذه البيوع.

ولذلك نحن نرى أن الالتجاء الى صيغة البيع الإيجارى أو الايجار المقترن بوعد بالبيع يعتبر أحد الحلول العملية، أو على الأقل طريقا لبحث عن حل لهذه المشكلة الاجتماعية والاقتصادية ذات الأهمية القصوى.

على المستوى الاقتصادى تعتبر هذه العمليات مفيدة بالنسبة للمتصرف اليه، ففيها تقليل لاعباء رد القروض وإطالة للمدد المتاحة، وامكانية إختيار أحسن وقت لتغطية إيجاره بالشراء على ضوء تغير سعر الفائدة، بالنسبة للبائع فانه يعتبر فى وضع محايد حيث أنه يحدد سعر المسكن بطريقة تسمح له بتغطية الأجرة والمصاريف المالية والثمن وفى المقابل سيتحمل المستأجر هذه الأعباء[1].

فى فرنسا أقترح بعض منشىء العقارات هذه الصيغ خلال الأزمة العقارية الكبيرة فى ١٩٧٤ - ١٩٧٨ لكن قد إستخدمت هذه الصيغ فى

(1) P. Lancereau, op.cit., no. 4 p. 23.

برامج تشييد تم البيع فيها بطريقة سيئة ولذلك فإنها لم تلق ترحيبا فى المجال العقارى[١].

من ناحية أخرى، نجد أن الخطر الذى تتضمنه هذه الصيغ، بالنسبة للمشترى الذى دفع جزء من الثمن دون أن يكون مالكا، أكبر من الناحية النظرية مما يتعرض له فى بيع المبانى تحت الإنشاء. وقد استبعد قانون ٣ يناير ١٩٦٧ فى فرنسا هذا الخطر، ولذلك قد تحمل اصحاب المبانى عبئا ثقيلا من الناحية المالية. فى الواقع هذا الخطر لم يظهر بصورة واضحة أثناء الأزمة العقارية وذلك لأن الذين إستخدموا هذه الصيغ هم كبار المشيدين وحدهم.

من الناحية القانونية هذا الخطر مازال ماثلا بالنسبة للمشترى فى البيع الإيجارى فى مجال العقارات. ولم يواجه المشرع الفرنسى هذا الخطر فى قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ وإن كان قد إهتم بتنظيم مسائل ثانوية فى الغالب تنظيما دقيقا بما قديجره ذلك من تعقيدات[٢].

المنفعة الاقتصادية التى تستجيب لها هذه الصيغ ينبغى أن تحث المشرع على تطويرها عن طريق وضع مجموعة من القواعد المتكاملة والتى تعطى كلا من اطرافها والغير الحماية اللازمة.

ويكفى أن ندلل على أهمية ذلك برصد التطور الحالى فى مجال الاسكان فى الواقع إذا كان السكن فى المدن قد تم الى عهد قريب عن طريق التأجير، فإنه منذ ٣٠ عاما تقريبا قد تطورت ملكية المساكن بصورة ملحوظه. هذا

---

(1) P. Lancereau, op.cit., no. 5 p. 23.

(2) Ibid.

التطور يرجع الى عدة أسباب: السبب الرئيسى منها هو إتساع نطاق المدن بصورة سريعة وازدياد معدلات النزوح اليها من الريف، علاوة على زيادة السكان بمعدلات مرتفعة والخشية من التضخم ومساعدة الدولة بقروض الاسكان.

لكن فى الوقت الحاضر هناك إختفاء للادخار التدريجى السابق، وتقليل تدريجى لمساعدة الدولة، وإرتفاع لاسعار الفائدة على قروض الاسكان مما أدى الى ظهور صعوبات عديدة أمام التطور الحالى لاكتساب الملكية العقارية.

ولذلك لنا أن نتساءل عما سيكون عليه الأمر، من الناحية القانونية فى المستقبل. هل سيكون في الالتجاء مرة أخرى الى الإيجار المتضمن مبالغ نقدية ضخمة ضائعة؟ هل فى الشراء الفورى الذى أصبح أكثر صعوبة بالنسبة للغالبية العظمى من الاشخاص الذين لديهم حاجة ماسة للمسكن؟ نحن نعتقد أن المخرج سيكون فى حل وسط، فى البيع الإيجارى أو الإيجار المقترن بوعد بالبيع.

فى مصر اكتفى المشرع بالنص فى المادة ٤/٤٣٠ مدنى على أنه تسرى احكام الفقرات الثلاث السابقة (المتضمنة أحكام البيع بالأجل) ولو سمى المتعاقدان البيع إيجارا ولم يرد أى تنظيم قانونى للايجار المقترن بوعد بالبيع.

فى فرنسا للاسف أيضا لم يتم تنظيم البيع الايجارى أو الإيجار المقترن بوعد بالبيع إلا بمناسبة تشريع يتعلق بالإئتمان وليس بطريقة مستقلة. وقد اكتفى المشرع بتنظيم العلانية، ومضمون العرض المقدم من المؤجر، وتحديد الشروط الجزائية على النحو الذى سوف نراه فيما بعد.

ومعالجة هذه العقود على هذا النحو قد أدى الى عدم خضوعها لدراسة متعمقة ولا لإعداد كاف. وكان ينبغى أن يكون مضمون هذه العقود محل تأمل وتفكير عميق. لما لها من مظاهر الإيجار ولما لها من مظاهر البيع، وإعطاء حد أدنى من الحماية لمصالح الأطراف والغير. ولذلك لنا أن نتساءل عما إذا كانت هذه العقود المجردة من النظام القانونى الضرورى لها، تستطيع أن تتطور لتواجهة الحاجّات الاقتصادية التى أفرزها التطور الحالى لأزمة الاسكان ؟؟ !!

ثانيا: تمييزها عن غيرها من العقود

عقد البيع الإيجارى وعقد الإيجار المقترن بوعد بالبيع يختلف عن البيع بالأجل المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية وعن الإيجار الائتمانى.

١- إختلاف هذه العقود عن البيع بالأجل

فى البيع الايجارى وعقد الايجار المقترن بوعد بالبيع نجد أن العقد له مظاهر الإيجار وله مظاهر البيع فى نفس الوقت. فى البيع الايجارى لا نطبق أحكام الايجار والبيع إلا على سبيل التعاقب. إذ يبقى العقد إيجار الى أن يتم الوفاء بكامل الثمن. فمنذ ذلك الوقت يصبح العقد بيعا مع يترتب على ذلك من نتائج على النحو السابق بيانه. أما فى الإيجار المقترن بوعد بالبيع فإنه يتعاصر تطبيق أحكام كل من الإيجار والبيع وتتفاعل هذه الأحكام مما يترتب عليه نتائج مغايرة بالنسبة لكل منهما على حدة. ولذلك فان هذه العقود تخضع لأحكام كل من العقدين، الإيجار والبيع، فى الحدود التى تسمح بها طبيعتها.

أما عقد البيع بالأجل المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية ليس له إلا صفة واحدة وهى صفة عقد البيع وبالتالى فإنه يخضع لهذه الأحكام كل ماهنالك

ستكون الملكية معلقة على شرط واقف إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن بالنسبة لبعض التشريعات وبعض الفقهاء ومضافة الى أجل واقف بالنسبة للبعض الآخر من التشريعات، وبعض الفقهاء على النحو السابق بيانه.

ويترتب على ذلك أنه إذا تصرف المشترى فى المبيع قبل الوفاء بالثمن لا يعتبر مبددا. كما أنه إذا أفلس المشترى فإن البائع لا يسترد المبيع من التفليسة إلا إذا كان له أن يحتج بشرط الاحتفاظ بالملكية فى مواجهة الغير طبقا لبعض التشريعات على النحو السابق بيانه. بينما يكون الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لعقد البيع الإيجارى أو الإيجار المقترن بوعد بالبيع فى بعض التشريعات.

٢- إختلاف هذه العقود عن الإيجار الإئتماني.

الإيجار الائتمانى يعتبر عملية تمويلية ثلاثية الأطراف. وأهم ما يميزها وجود الممول بالإضافة الى البائع والمستأجر الائتمانى بينما فى عقد البيع الإيجارى والإيجار المقترن بوعد بالبيع لا يوجد الا طرفان المؤجر – البائع والمستأجر – المشترى.

علاوة على ذلك فان الهدف الرئيسى من الإيجار الائتمانى هو توفير وسيلة تمويلية وأن الضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية يتحقق بصفة تبعية وثانوية. بينما فى عقد البيع الايجارى والايجار المتضمن وعدا بالبيع الهدف الرئيسى منهما هو توفير وسيلة ضمان قوية وهى الاحتفاظ بالملكية ، علاوة على التمتع بالحماية الجنائية فى حالة التصرف فى العين أثناء فترة الإيجار.

٣- إختلاف هذه العقود عن عقد إيجار - الإشغال

(La Location - accession

هذا العقد قد تم تنظيمه فى فرنسا بقانون ١٢ يوليو ١٩٨٤ وذلك من أجل إشغال العقارات دون إرتباط بملكيتها خاصة فى مجال العقارات السكنية أو العقارات المخصصة لأغراض مهنية وسكنية[١]. وعقد إيجار الإشغال الذى يخضع لهذا القانون لابد أن يتوافر له ثلاث خصائص.

١- أن يتضمن وعداً بالبيع للشاغل (L'accédant) أى يكون له الخيار.

٢- أن تكون هناك مدة أولية للانتفاع بالعين بمقابل.

٣- أن يتم دفع هذا المقابل حتى إعلان الرغبة.

هذا المقابل يشمل الإيجار بالإضافة إلى مبلغ يقابل الحق الشخصى فى نقل ملكية المال إليه (م ١)

- هذا العقد يمكن أن يكون عقد بيع إيجارى إذا كان لا يتضمن الخيار الممنوح للمستأجر - الشاغل. كما أنه قد يكون عقد إيجارات متضمنا وعداً بالبيع وذلك عند غياب الإيجار المبالغ فيه "Surloyer" السابق بيانه وبالتالى لا يخضع فى جميع هذه الحالات لهذا القانون.

- عقد إيجار - الإشغال يخضع لنظام قانونى خاص (م ٢٨- ٣٤) ولا

---

(١) أنظر فى ذلك:

- M. Dagot et D. Lepeltier, Lo Lacation- Accession, litec, 1985; Ph. Malivaud et Ph. Jestaz, L' accession à La Propriété Pour Le Contrat de Location- accession D. 1985, Chr. 272- 284, R. Saint-Alary- Houin, La Location- Accession, Rev. de dr., immobilier 1985. I, P. Walet et A. Durance, La Location- accession, Masson 1988.

يخضع لقوانين الإيجار. كما أن هذا العقد يتلافى الصعوبات التقليدية فى البيع الإيجارى. فالقانون يضمن للمستأجر - الشاغل إسترداد المبالغ المستحقة للمؤجر - البائع فى حالة عدم إعلان الرغبة وهذا الاسترداد مضمون بإمتياز جديد فى المادة ١٦ من القانون أو بكفالة. كما أن المستأجر - الشاغل يتمتع فى مجال إدارة العقار وخاصة فى علاقته بالملاك الآخرين، بمزايا مهمة مقررة فى المادة ٣٢ من هذا القانون فى مقابل كل هذا يقع على عاتقه إلتزامات ثقيلة بالمقارنة لما يلتزم به المستأجر العادى (م ٢٩).

هذا العقد يجب أن يتم فى صورة رسمية (م٤) كما أن هذا العقد. تأثراً بالتشريعات الحمائية للمستهلك- تضمن عدداً من البيانات الهامة المتعلقة بعناصر العقد والتى تهدف إلى تبصير المتعاقد قبل الإقدام على التعاقد[١].

وهذا العقد يعتبر فى غاية التعقيد حيث أنه يفرض على البائع مخاطر مالية دون أن يكون لهذه المخاطر مقابل كاف: فمثلاً إذا لم يتم إعلان الرغبة فإنه ليس له إلا أن يحتفظ بنسبة ١ ٪ من ثمن البيع (فى بعض الحالات الإستثنائية ٣ ٪) على سبيل التعويض القانونى (م١١) ومن أجل ذلك كله نجد أن إستقبال العمل له كان متحفظاً[٢].

---

(١) من هذه البيانات البيان المتعلق بتعيين العقار، وثمن البيع وطرق الدفع، بنية المتصرف إليه فى الحصول على قرض، تاريخ بدء الانتفاع، مبلغ المقدم وطرق الدفع والخصم من الثمن، التعويض عند الانتهاء، الإحالة إلى عقود التأمين.. (م ٥ من قانون ١٢/٧/١٩٨٤) ويلاحظ أن عقد إيجار الإشغال لا يخضع لتشريعات الحمائية فى مجال الأئتمان الاستهلاكى

فى مجال المنقول Art.L. 311- 2 al..2, Lai 78- 22 du 10 Janv. 1979

وفى مجال العقار (La Lai du 13 Juil. 1979, art, 22 à 29)

حيث قانون ١٩٨٤ قد فرض قواعد مقابلة لذلك ولكنها خاصة به (م ٢١- ٢٥).

(٢) أنظر Ph. Malauie, L. Aynès, Drait Civl Les Contsats Spéciaux,

على ضوء ما تقدم نجد أن الحق فى الانتفاع بالشئ لم يكن الهدف الرئيسى والنهائى من العملية القانونية وإنما كان ذلك من قبيل الوسيلة الفنية المحايدة والتى تسبق نقل الملكية الذى يعتبر الهدف الرئيسى والنهائى من العملية القانونية.

المطلب الثاني: مدي ما تحققه هذه العقود من ضمان

نعرض فى هذا المطلب لمدى ما تحققه هذه العقود من ضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية، ثم نعرض بعد ذلك لمسلك المشرع الفرنسى فى تنظيم هذه العقود

أولا: الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

نبين أولا موقف المشرع المصرى من البيع الإيجارى، ثم نبين بعد ذلك مدى ما يحققه البيع المقترن بوعد بالبيع من ضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية.

١- موقف المشرع المصري من البيع الإيجاري

بالرغم من الفوائد العملية التي يحققها البيع الإيجارى للمتعاقدين على النحو السابق بيانه، وكذلك الفائدة الاقتصادية التى يستجيب لها إلا أن المشرع المصرى قد إفترض أن المتعاقدين قد قصدا أن يكون الإيجار عقدا صوريا يستر العقد الحقيقى وهو البيع بالتقسيط، والمبلغ الإضافى الذى جعله المتعاقد ثمنا ليس إلا ثمنا رمزيا، والثمن الحقيقى إنما هو هذه الاقساط التى يسميانها أجرة[١].

éd 1995- 1596, cujas n° 809.

(١) السنهورى، الوسيط جـ٤ المجلد الأول، البيع والمقايضة، ١٩٦٠ فقرة ٩٧ ص ١٧٨.

ولذلك قد جاءت الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ من التقنين المدنى المصرى لتعطى لهذا العقد حكم عقد البيع بالتقسيط بنصها على أنه تسرى الفقرات الثلاث السابقة (المتضمنة أحكام البيع بالتقسيط) ولو سمى المتعاقدان البيع إيجارا.

ويترتب على أن البيع الإيجارى يعبتر بيعا محضا وتسرى عليه أحكام البيع بالتقسيط أن البائع لا يستفيد من الضمان عن طريق الاحتفاظ بالملكية ولا من الحماية الجنائية فى حالة التبديد.

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى. وقد حسم المشروع إشكالا بإيراده هذا النص فقد جرت العادة أن البيع الذى يبرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان إيجارا إمعانا من البائع فى ضمان حقه، إذ هو بذلك يستوفى الأقساط أجره لا ثمنا، وإذا ما تصرف المشترى فى المبيع عد هذا منه تبديدا. فأقر المشروع الأمور فى نصابها، وسمى الاشياء بأسمائها حتى لو سميت بإسم آخر، فهذا العقد بيع لا ايجار ويعتبر معلقا على شرط واقف هو سداد الاقساط جيعها، فإذا ما سددت إنتقلت الملكية الى المشترى منسحبة الى وقت البيع[١].

وهذا النص مقتبس من المادة ٤٤٥ من التقنين المدنى الالمانى والمادة ٣٣١ من المشروع الفرنسى الايطالى[٢].

فى فرنسا هذه العقود لم تنظم تنظيما تفصيليا ومازالت تخضع للقواعد العامة. لذلك يعتبر البيع الإيجارى ايجارا فيما بين المتعاقدين فيكون

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤٠ ص ٤٩-٥٠

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى مجوعة الاعمال التحضيرية، ٤ ص٤٩.

المستأجر المشترى مبددا إذا تصرف فى المبيع قبل الوفاء بالثمن، ويستطيع المؤجر البائع أن يسترد المبيع من تفليسة المستأجر - المشترى[1].

ونحن نرى أن تنظيم التقنين المدنى المصرى للبيع الإيجارى وإعطائه حكم البيع بالتقسيط مصادرة على حرية المتعاقدين فى تحقيق أهداف معينة تقصر عن تحقيقها الوسائل الأخرى. وكان الأحرى بالمشرع أن يأخذ طبيعة هذا العقد فى الإعتبار، باعتباره ايجارا وبيعا، ويحاول أن يضع القواعد التى تتسق مع هذه الطبيعة وتتمشى مع مايسعى اليه المتعاقدون من أهداف مع كفالة الحماية اللازمة لهم وللغير.

٢- مدي الضمان الذي يحققه الإيجار المقترن بوعد بالبيع.

لم ينظم المشرع المصرى، وكذلك المشرع الفرنسى، هذا العقد تنظيما قانونيا تفصيليا وإنما يخضع هذا العقد للقواعد العامة فى كل من القانونين الفرنسى والمصرى، مع الأخذ فى الاعتبار التنظيم العرضى لهذا العقد بصدد حماية المقترضين فى المجال العقارى فى فرنسا على النحو الذى سيأتى بيانه.

فى هذا الصدد نجد أن المتعاقدين يبرمان ايجارا محضا ولكنه مقترن بوعد بالبيع من المؤجر إذا أبدى المستأجر رغبته فى الشراء خلال مدة الإيجار. يتضمن هذا العقد ثمنا جديا ومستقلا للعين الموعود ببيعها عن أقساط الأجرة وهذا الثمن يتناسب مع قيمة العين بالإضافة الى عائد للمؤجر والمصروفات التى تكبدها فى إبرام وتنفيذ العقد على النحو السابق بيانه.

وهنا نكون بصدد عقد إيجار مقترن بوعود البيع لا عقد بيع بالتقسيط

---

(١) انظر Ph Malaurie, L. Aynès Les sûretés , op.cit., no. 756, p. 244.

ويترتب على ذلك أن الملكية لا تنتقل الى المستأجر – المشترى وإنما يبقى المؤجر – البائع محتفظابها. وعلى ذلك إذا تصرف المستأجر – المشترى فى العين المؤجرة كان مبددا كما أنه إذا أفلس المستأجر – المشترى إسترد المؤجر– البائع العين المؤجرة من التفليسة.

فإذا أظهر المستأجر رغبته فى شراء العين، إنتهى عقد الإيجار وتم عقد بيع ينقل الملكية الى المشترى من وقت ظهور الرغبة ولا يستند بأثر رجعى الى وقت الإيجار، وزال التزام المستأجر– المشترى بدفع الأجرة وحل محله التزام المشترى بدفع الثمن المتفق عليه، مع الأخذ فى الإعتبار الجزء المخصص من الأجرة للوفاء بالثمن، والمقدم المدفوع أو تعويض عدم التصرف وغير ذلك مما يدخل فى ثمن العين، ويكون الثمن مضمونا بحق امتياز على المبيع.

كما أنه لو هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار بقوة قاهرة فإن تبعة الهلاك تقع على المؤجر – البائع وينفسخ عقد الإيجار المقترن بوعد بالبيع ويجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد فيجب أن يرد المؤجر – البائع ما تقاضاه من حساب الثمن من خلال دفع الأجرة ورد المقدم وتعويض عدم التصرف وبصفة عامة كل ما تقاضاه على إعتبار العقد بيعا.

علاوة على ذلك يتحمل المؤجر البائع الأعباء والتكاليف الضريبية المفروضة عليه بإعتباره مالكا للعين.

وفى النهاية يستطيع أن نسجل أن الحياة العملية فى مصر تعرف فى الوقت الحاضر فى مجال العقارات المبنية صورا ممسوخة لهذين العقدين وذلك نتيجة للتحايل على القانون والالتجاء الى تشكيل إتحادات صورية للملاك، ولذلك نحن نرى أنه من الأفضل أن يتدخل المشرع المصرى وينظم هذين العقدين تنظيما مفصلا ومستقلا مراعيا فيه الطبيعة الخاصة لكل منها وتحقيق الحماية اللازمة للاطراف والغير.

ثانيا: مسلك المشرع الفرنسي في تنظيم هذين العقدين

عندما قام المشرع الفرنسى بتنظيم حماية للمقترضين فى المجال العقارى بالقانون رقم ٥٩٦ - ٧٩ فى ١٣ يوليو ١٩٧٩ قد خصص الفصل الثالث لعقود البيع الإيجارى والإيجار المقترن بوعد بالبيع الواردة على عقارات مخصصة للسكنى.

ويستبعد من نطاق هذا القانون العقود الواردة على الاراضى والعقود التى يكون المستأجر فيها شخصيا معنويا من أشخاص القانون العام، أو المستأجر الذى يعمل فى نطاق نشاط مهنى.

ومن حيث الالتزامات على عاتق البائع - المؤجر فقد نصت عليها المواد ٢٢-٢٩ من هذا القانون. وهذه الالتزامات تدور حورل محاور ثلاثة:

١- الاخطار المسبق للمستأجر

٢- الترابط بين العقود العقارية وعقود القروض

٣- تحديد الشروط الجزائية

وعلى ذلك نجد أن المشرع قد كفل الحماية للمستأجر قبل توقيع العقد وبعد توقيعه.

١- الحماية المقررة للمستأجر قبل توقيع العقد

تقوم هذه الحماية على الإخطار المسبق للمستأجر، وتحديد مضمون العرض، وفرض المشرع الترابط بين العقود.

أ- إخطار المستأجر: هذا الاخطار يتضمن إعلانا للمستأجر، كما يلزم أن يتضمن هذا الاعلان العرض المطروح على المستأجر.

(١) **الإعلان:** يجب أن يتضمن هذا الاعلان شخص المؤجر، وطبيعة ومحل العقد دون أن يكون هناك أى تحديد بالأرقام. أما إذا تضمن الاعلان ارقاما

معينة أصبح إعلانا بعملية معينة ينبغى أن يذكر فيه مدة الإيجار وكذلك التكلفة السنوية والتكلفة الإجمالية للعملية والمقصود بالتكلفة السنوية هنا تكلفة الأجرة وتوابعها فى الإيجار وليس التكلفة السنوية للبيع. أما بالنسبة للتكلفة الإجمالية للعملية، فإنها تتعلق بكل من الإيجار والبيع[1]،

(٢) **العرض السابق للعقد:** هذا العرض يجب أن يكون مكتوبا وأن يسلم وأن يرسل مجانا مقابل إيصال، هذا من حيث الشكل، أما من حيث المدة، يجب الإبقاء على العرض على الأقل مدة ثلاثين يوما اعتبارا من استلام المستأجر وعلى المستأجر ألا يقبل العرض إلا بعد عشر ايام من تاريخ استلامه وهذا القبول يجب أن يكون مكتوبا ايضا ويسلم أو يرسل مقابل إيصال.

ويحظر دفع أية مبالغ قبل قبول العرض. ويقصد بذلك، الودائع، أو الكمبيالات، أو الشيكات، أو أى ترخيص بالخصم من الحساب البنكى أو البريد لصالح المؤجر ولحسابه[2].

من حيث مضمون العرض: يجب أن يتضمن العرض على البيانات المشتركة فى عقد البيع الإيجارى وعقد الإيجار المقترن بوعد بالبيع. وبيانات خاصة بهذا العقد الأخير.

- **بالنسبة للبيانات المشتركة،** يجب أن يذكر شخصية الأطراف، وطبيعة ومحل العقد، وكذلك أوصافه، وبصفة خاصة ما يتعلق بتواريخ وشروط تسليم الشىء، والمبالغ الأولية المدفوعة ومبالغ الأجرة وكذلك كيفية تحديد الثمن بربطة بمؤشرات معينة[3].

---

(1) P. Lancereau, op.cit., no. 12, p. 25 et 26.

(2) P. Lancereau, op.cit., no. 13, p. 26.

(3) P. Lancereau, op.cit, no. 12, p.26

ويبدو من هذا العرض أنه ينبغى أن يلحق بالعرض مشروع بالعقد (او بالعقود) المراد ابرامها.

أما **بالنسبة للبيانات الخاصة** بالعرض فى عقد الإيجار المقترن بوعد بالبيع يجب أن تتضمن هذه البيانات، شروط إعلان الرغبة، وتكلفتها، وشروط تكلفة عدم تنفيذ العقد[1].

ب- الترابط بين العقود:

تنص المادة ٢٨ على أنه فى حالة الإيجار المقترن بوعد بالبيع، فإن إعلان الرغبة يتم معلقا على شرط واقف، المنصوص عليه فى المادة ١٧ هذا الشرط الواقف هو الحصول على القرض أو القروض اللازمة لتمويل عملية إكتساب الملكية. كما تنص المادة ١٦ على أن التصرف المكتوب، والمتضمن الوعد بالبيع من جانب واحد، والمقبول... يجب أن يبين إذا كان الثمن المدفوع قد تم عن طريق قرض أو عدة قروض.

أما بالنسبة للبيع الإيجارى فإن الأمر يتعلق ببيع وبالتالى فإن الشرط الواقف الوارد فى نص المادة ١٧ ينطبق عليه، تطبيق هذا الشرط لا يثير أدنى مشكلة بالنسبة للبيع الإيجارى حيث أنه يلحق بالعقد منذ البداية. على العكس من ذلك بالنسبة للإيجار المقترن بوعد بالبيع حيث أن عدم تحقق الشرط الواقف يؤدى إلى ازاله مركز قانونى موجود. ولذلك تنص المادة ٢/٢٨ على أنه عند عدم تحقق الشرط، يكون المؤجر ملزما برد كل المبالغ المدفوعة من جانب المستأجر باستثناء الأجرة ومصاريف المحافظة على الشىء.

علاوة على ذلك فإنه توجد تبعية عكسية تنص عليها المادة ٩ من القانون.

(1) Ibid.

حيث أن صحة القرض تتوقف على إنعقاد عقد البيع الإيجارى وعلى إظهار الرغبة فى الوعد بالبيع المسبوق بإيجار فى خلال مدة ٤ أشهر(١).

٢- الحماية المقررة للمستأجر بعد توقيع العقود وعند عدم تنفيذه

نجد أن المادة ٢٧ والمادة ٢٩ من هذا القانون، وكذلك الفقرات الأخيرة من المواد ٢٤، ٢٥ تحدد الآثار المالية بالنسبة للمستأجر فى حالة إخلاله المحتمل بالتزاماته.

لكن بالمقصود باخلال المستأجر؟

فى الواقع ربما يكون إخلاله بالتزامه كمستأجر، أو اخلاله بالتزامه كمشترى أو بالاثنين معا.

فاذاكان مخلا بالتزاماته كمستأجر، فإنه سيكون كذلك، على وجه الاحتمال باعتباره مشتريا. لكن العكس غير مؤكد، إذ يمكن أن يدفع الأجرة وباقى الاعباء ويكون غير قادر على إتمام البيع أو إظهار الرغبة فى الشراء.

- جزاء عدم تنفيذ الإيجار:

ويبدو أن المادة ١/٢٧ تتعلق باخلال المستأجر فى خصوص عقد الإيجار هذه المادة تنص على أنه فى حالة إخلال المستأجر فى تنفيذ احد العقود الخاضعة لهذا الفصل، فإن المؤجر له الحق فى أن يشترط، علاوة على دفع الأجرة المستحقة والتى لم تدفع، تعويضا، مع عدم الإخلال بتطبيق المادة ١١٥٢ مدنى، لا يتجاوز مبلغا معينا يعتمد على المدة المتبقية من العقد ويحدد طبقا لمعيار يبينه مرسوم.

وواضح هنا أن الأمر يتعلق بجزاءات عن عدم تنفيذ الإيجار وليس عن عدم تنفيذ البيع أو الوعد بالبيع. فما هى إذن هذه الجزاءات؟

---

(١) انظر فى تفصيل اكثر P. Lancereau, op.cit., no. 15 p. 27.

- **جزاء عدم تنفيذ البيع أو الوعد بالبيع:**

هذه الجزاءات توجد فى العمل فى شكل عدم رد المقدم المدفوع طبقا لعقد البيع أو الوعد بالبيع، أو تعويض عن عدم القابلية للتصرف، أو حتى عدم إسترداد إلا جزءا من الأجرة التى تقابل الوفاء الجزئى بالثمن.

والفقرة الأخيرة من المادة ٢٤ تنص على أنه ينبغى أن يتضمن العرض شروط وتكلفة عدم تنفيذ البيع. وواضح أن المادة تسمح بأن يكون لعدم تنفيذ البيع تكلفة بالنسبة للمستأجر .وذلك بصفة خاصة فى نطاق الوعد بالبيع. وسيكون من غير الطبيعى الا يترتب على إخلال المستأجر بالبيع أى جزاء وهذا يعتبر وجها من أوجه القصور والتناقض لهذه النصوص(١). إذا أنها لم تبين حدود معينة لهذا التعويض. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أ- رد الجزء من الأجرة المقابل للوفاء بالثمن في حالة عدم تنفيذ البيع او الوعد بالبيع.

هذا الرد نصت عليه المادة ٢/٢٧ **بالنسبة للبيع الايجاري** بقولها أن المؤجر لا يستطيع أن يشترط تسليمه الشيء إلا بعد رد الجزء من المبالغ المدفوعة كمقابل لقيمة الشيء.

ولم يرد نص خاص بالإيجار المقترن بوعد بالبيع لكن يذهب الفقه الى مد هذا الحكم على هذا العقد على سبيل القياس(٢).

ب- عدم استرداد المقدم أو تعويض عدم القابلية للتصرف في حالة عدم تنفيذ البيع.

يتم عقد البيع الإيجارى فى صورة عقد بيع عرفى. هذا العقد يعتبر عقدا

(١) انظر فى تفصيل اكثر P. Lancereau, op.cit., no. 16 p. 27, 28.

(٢) انظر فى تفصيل اكثر P. Lancereau, op.cit., no. 17 p. 28.

نهائيا بالنسبة لأطرافه، ويستطيع البائع متابعة تنفيذ العقد. وفى حالة إمتناع المشترى عن إبرام العقد فى شكله الرسمى يستطيع البائع أن يقاضيه، ولكن هذا يتم من الناحية النظرية، إذ أن تخلف المشترى لا يرتب إلا جزاء يتمثل فى دفع مبلغ من النقود على سبيل التعويض، ولذلك غالبا ما ينص على شرط جزائى فى العقد العرفى ذاته.

وينص بصفة عامة فى الوعد بالبيع على أن يدفع مقدم يمثل ٥-١٠٪ من الثمن الإجمالى، ويكون للبائع حق الاحتفاظ به فى حالة عدم إظهار الرغبة من جانب المشترى خلال المدة المحددة.

الخلاصة: إن قانون ١٣ يوليو ١٩٧٩ صامت بصدد الجزاء الموقع على المستأجر المتقاعس فى تنفيذ البيع أو الوعد بالبيع، أو بمعنى أدق لا يوجد هناك حد معين منصوص عليه فيما يتعلق بالتعويض المستحق فى هذه الحالة. وخاصة وأن المشرع قد ترك للأطراف الاتفاق على تكلفة عدم تنفيذ البيع بشرط وحيد هو أن يحدد ذلك فى العرض المقدم إلى المستأجر.

لكن يمكن التأكيد على مايلى:

١- إن جزاء إخلال المستأجر بالوعد بالبيع معترف به من جانب القانون: صراحة فى الفقرة الأخيرة، من المادة ٢٤ حيث تنص على أنه ينبغى أن يحدد العرض تكلفة عدم تنفيذ البيع ضمنا، فى المادة ٢/٢٨ حيث أنها تنص على أنه عندما يتخلف الشرط الواقف المتعلق بالتمويل، وبالتالى لم يظهر المشترى رغبته، فإن المؤجر يكون حينئذ ملزما برد كل المبالغ المدفوعة من جانب المستأجر باستثناء الأجرة ومصاريف المحافظة على الشىء.

٢- يمكن القول فى نفس الإطار أنه بصدد رد المبالغ الزائدة عن الأجرة

فان المشترى الذى لايقوم بمتابعة إتمام البيع العرفى لايمكن أن يعامل بطريقة أفضل فيما يتعلق بالجزاءات من المشترى الذى لا يتم مجرد الوعد بالبيع.

ولذلك يمكن أن نسجل اسفنا على أن هذه النصوص غير محددة وما يترتب على ذلك من توقيع جزاء جنائى على مخالفة نص مدنى غير محدد[١].

فى النهاية قد نص المشرع فى المبحث الثالث على جزاءت جنائية متنوعة لإخلال المؤجر ببعض التزاماته فى المواد من ٣٠ الى ٣٤[٢].

---

(١) انظر فى تفصيل اكثر P. Lancereau, op.cit., no. 19, p. 29.

(٢) انظر فى تفصيل اكثر P. Lancereau, op.cit., no. 21, p.29

الفصل الثاني

نقل الملكية علي سبيل الضمان

تعرضنا فى الفصل السابق للاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان وفى هذا الفصل سنرى صورة أخرى لتوظيف الملكية كوسيلة للضمان: صورة نقل الملكية على سبيل الضمان. وللوقوف على مدى ما يحققه نقل الملكية من ضمان سنعرض لتطبيقين من تطبيقات نقل الملكية على سبيل الضمان، الأول خاص ببيع الوفاء، والثانى خاص بالتصرف الإئتمانى، لنر ذلك بشئ من التفصيل فى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: بيع الوفاء

Vente à réméré

وفى هذا المبحث سنعرض فى مطلب أول لفكرة بيع الوفاء للتعرف على آلية هذا النظام، ثم نعرض فى مطلب آخر لمدى مايحققه بيع الوفاء من ضمان.

المطلب الأول: فكرة بيع الوفاء وجوهره

فى هذا المطلب نبين أولا ماهية بيع الوفاء وحكمه، ثم نقوم بتمييزه عن البيع المعلق على شرط فاسخ بصفة عامة، لم لذلك من أهمية فى البلدان التى حظرت هذا النوع من البيوع.

أولا: ماهية بيع الوفاء وحكمه

ونود أن نقف هنا على المقصود ببيع الوفاء وبالتالى التعرف على أركانه وشروطه وصحته وكيفية عمله ثم بعد ذلك نبين حكم بيع الوفاء فى القانون المصرى.

١- المقصود بيع الوفاء وكيفية عمله

يمكن أن نعرف بيع الوفاء بأنه عقد بمقتضاه يحتفظ البائع لنفسه بحق إسترداد الشيء فى مقابل رد الثمن الأصلى والمصروفات خلال مدة معينة[١] .

وبيع الوفاء يعد وسيلة من وسائل الضمان التى تعتمد على نقل الملكية على سبيل الضمان. فالمالك يتجرد عن ملكه لدائنه، فيتملك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ، هو أن يرد البائع الثمن والمصروفات للدائن فينفسخ العقد ويعود المبيع الى ملك البائع بأثر رجعى.

وعلى ضوء ذلك نجد أن أركان بيع الوفاء هى أركان أى بيع آخر، رضاء المتعاقدين والمبيع والثمن، ولا يشترط التسليم، وهذا البيع هو بيع معلق على شرط فاسخ أن يرد البائع الى المشترى المبالغ التى يتفق عليها - وهى غالبا الثمن والمصروفات[٢] - فى مدة معينة. فإذا تحقق هذا الشرط إنفسخ البيع واعتبر كأن لم يكن، ورجع المبيع الى ملك البائع وإعتبر أنه لم يخرج من ملكه أصلا.

وحتى يعتبر الشرط الفاسخ صحيحا يجب توافر أمرين: ١- أن يكون الشرط معاصرا لعقد البيع ولو لم يكن مذكورا فى عقد البيع ذاته، فالمعاصرة الذهنية تكفى، فاذا تخلف الشرط عن عقد البيع فان البيع ينعقد باتا، ويكون الشرط اللاحق إما وعدا بالبيع أو بيعا معلقا على شرط واقف تبعا لنية المتعاقدين[٣] .

---

(١) هذه المدة كانت فى التقنين المدنى المصرى السابق خمس سنوات والتقنين المختلط سنتان أما فى التقنين المدنى الفرنسى فهى خمس سنوات، انظر السنهورى، الوسيط، ج٤، المجلد الأول فقرة ٨٣ ص١٥٨ . وفى القانون اللبنانى ثلاث سنوات (م ٤٧٤ موجبات وعقود) .

(٢) انظر فى تفصيل ذلك السنهورى، ج٤، المجلد الأول، فقرة ٨٥ ص ١٦١، ١٦٢ .

(٣) انظر فى تفصيل ذلك السنهورى المرجع السابق فقرة ٨٠ ص ١٥٢

٢- إلا تزيد المدة التى يصح فيها الاسترداد على خمس سنوات فى التقنين المدنى المصرى السابق والتقنين الفرنسى.

ويستعمل البائع حق الاسترداد بمجرد إظهار البائع للمشترى إستعداده أن يدفع له فورا الثمن والمصروفات فيتم الاسترداد بالإرداة المنفردة من جانب البائع يعلن فيها رغبته فى استرداد المبيع مع استعداده لرد الثمن والمصروفات. وهذا ما إستقر عليه القضاء الفرنسى. ويعتبر القضاء الفرنسى[1] أن الاسترداد على هذا النحو يكون هو نفسه معلقا على شرط واقف، ويتحقق الشرط بأن يرد البائع للمشترى فعلا الثمن والمصروفات فان لم يردها اعتبر الاسترداد كأن لم يكن فيخلص للمشترى ملك المبيع باتا ويأمن بذلك مزاحمة دائنى البائع.

فى مصر فى ظل التقنين المدنى السابق يذهب القضاء والفقه الى الأخذ بهذا الرأى.

٢- بطلان بيع الوفاء في التقنين المدني المصري:

فى التقنين المدنى الحالى تنص المادة ٤٦٥ على أنه إذا إحتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة، وقع البيع باطلا[2].

ثانيا: تمييز بيع الوفاء عن البيع المعلق علي شرط فاسخ

أهمية هذا التمييز ترجع إلى أن بيع الوفاء، وهو بيع معلق على شرط فاسخ، يعتبر باطلا فى التقنين المدنى الحالى، لكن فيما عداه من بيوع أخرى معلقة على شرط فاسخ تعتبر صحيحة. لذلك وجبت التفرقة لتحديد منطقة بيع الوفاء حتى يختص وحدة بالبطلان.

---

(١) انظر فى اختلاف الفقه حول المسألة السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٨٤، ص١٦٠

(٢) انظر فى تبرير الاخذ بهذا الحكم المرجع السابق، فقرة ٨٦ ص ١٦٣ ومابعدها.

أول مؤشر للتفرقة بينهما هو مدى تعلق الشرط الفاسخ بارادة البائع، لأن شرط الوفاء يتعلق حتماً بإرادة البائع، إذ هو يسترد المبيع متى أعلن عن إرادته فى الاسترداد. وعلى ذلك إذا كان الشرط الفاسخ غير متعلق بإرادة البائع، أو متعلقاً بها وبأمر آخر خارج عنها، لم يكن هذا الشرط الفاسخ شرطاً وفائياً، وكان البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً. مثال ذلك أن يبيع موظف داراً له فى الإسكندرية، ويعلق البيع على شرط فاسخ هو نقله إلى هذه المدينة إذ يحتاج عند ذلك إلى الدار لسكناها. فالبيع هنا معلق على شرط خارج عن إرادة البائع ويكون صحيحاً، أو إذا باع شخص دار وعلق البيع على شرط فاسخ هو أن يتزوج فالشرط هنا مختلط يتعلق بإرادته وبإرادة الزوجة، فلا يكون شرطاً وفائياً ويكون البيع المعلق عليه صحيحاً[1].

لكن قد يدق الأمر ويكون الشرط الفاسخ متعلقاً بإرادة البائع، حيث أن هناك شرطاً من هذا القبيل، مع ذلك لا يعتبر شرطاً وفائياً ويبقى معه البيع صحيحاً. يكون الشرط كذلك إذا كان القصد منه التروى مثال ذلك أن يجعل البائع لنفسه حق الفسخ ليستبقى لنفسه فسحة من الوقت يتروى فيها، كالبيع مع الاحتفاظ بحق العدول أو البيع المقترن بخيار الشرط أما إذا كان البائع قد جعل لنفسه حق الفسخ مؤملاً أن يسترد المبيع برد الثمن. ففى هذه الحالة يكون الشرط وفائياً فيبطل ويبطل معه البيع.

ولا يعتبر بيع وفاء من الناحية الفنية البيع الذى يعقبه وعد من جانب المتصرف إليه بإعادة البيع[2]. أو الوعد بالبيع من جانب المالك والمقترن بوعد

---

(١) انظر السنهورى، المرجع السابق فقرة ٨٨ ص ١٦٧.

(2) Tr. com. siene, 8 déc, 1948, Gaz. Pal. 1949. I. 134 R. 501, 197, note J. Carbonnier.

مقابل من جانب المستفيد بإعادة البيع، هذه العمليات تؤدى إلى نتيجة مشابهة تقريباً لبيع الوفاء ولكنها لا تخول أصحاب الشأن إلا حقوقاً أضعف بكثير مما يخوله بيع الوفاء حيث لا يكون لهم بمقتضى هذه التصرفات إلا حقوق شخصية(١).

المطلب الثاني

مدي ما يحققه بيع الوفاء من ضمان

وسنعرض هنا لدور نقل الملكية على سبيل الضمان، ثم نبين بعد ذلك الجوانب السلبية لمثل هذه العملية.

أولاً: نقل الملكية علي سبيل الضمان

يعتبر بيع الوفاء فى البلدان التى تجيزه وسيلة من وسائل الائتمان فالمقترض ينقل إلى المقترض ملكية مال يخصه (عقاراً أو منقولاً)(٢)، على سبيل الضمان. ففى الحقيقة الثمن المتفق عليه ليس إلاقرضاً. إذا رد البائع - المقترض القرض - الثمن فى تاريخ الاستحقاق يفسخ البيع، وإلا تظل الملكية باتة للمتصرف إليه، المقرض، وفى هذه الحالة تبرأ ذمة البائع. - المقترض.

والفائدة المباشرة لبيع الوفاء أن يكون الدائن بمنأى عن إعسار أو إفلاس المدين، وذلك لأن ملكية المال الذى يعادل ثمنه الائتمان الذى منحه للمدين قد انتقلت إليه وبالتالى لا يتعرض لمزاحمة دائنى المدين.

---

(1) P.h. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op. cit., no. 725, p. 237 et 238.

(2) J. B. Heinrich, la vente à réméré d'obligation, J.C.P.N., 1985, I, 279.

ويمتاز بيع الوفاء عن كل من الرهن الرسمى، والحيازى، فهو يمتاز على الرهن الحيازة بأن المبيع وفاء إذا هلك فى يد المشترى فانه يهلك عليه دون البائع، أما إذا هلك الشيء المرهون فى يد المرتهن فانه يهلك على الراهن دون المرتهن. كما أن المشترى فى بيع الوفاء لاشأن له ببقية أموال البائع الخارجة عن المبيع، أما الدائن المرتهن فله عدا حقه العينى على الشيء حق شخصى يضمنه جميع أموال الراهن، ويمتاز بيع الوفاء عن الرهن الرسمى بهاتين الميزتين بالإضافة الى مايمتاز به من أنه لا حاجة فيه الى ورقة رسمية، فى الرهن الرسمى هذه الورقة شرط انعقاد، وبأنه يجوز فى العقار والمنقول، بينما الرهن الرسمى لايجوز إلا فى العقار[1]. علاوة على أن بيع الوفاء يجنب المشترى طول وتعقيد الاجراءات التى يتعرض لها الدائن المرتهن عند مباشرة حقه فى الأولوية أو التتبع.

ثانيا: الجوانب السلبية

يتضح مما سبق أن بيع الوفاء يجرد البائع من ملكية الشيء وحيازته وما يترتب على ذلك من تبديد للقدرة الائتمانية للمدين. وذلك على خلاف الرهن الرسمى الذى لا يترتب عليه أى تجريد للراهن من الملكية أو الحيازة. وكذلك الرهن الحيازى الذى لا يترتب عليه تجريد الراهن من ملكية وإنما فقط من حيازة الشيء المرهون.

ولذلك قد أعتبر بلانيول Planiol بيع الوفاء كأسوا نظام للإئتمان مقدر له أن يختفى[2]. فبالنسبة للمقرض يتسم نظام بيع الوفاء بالجمود حيث أنه

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op.cit., no. 752, p. 237 et 238.

(2) J. B. Heinrich, la vente à réméré d'obligation, J.C.P.N., 1985. I. 279.

يستلزم أن يكون القرض مساويا للثمن مما قد يثير صعوبات عندما تكون قيمة المال لا تقابل المبلغ المدفوع مقدما. بالنسبة للمقترض قد يقصد من وراء بيع الوفاء التخلص من بطلان شرط إمتلاك المرتهن للشيء المرهون عند عدم وفاء الراهن بالدين (م ١٠٥٢ مدنى مصرى وم ٢٠٧٨ مدنى فرنسى) un pacte commissoire وذلك بأن يتخذ الدائن المرتهن سمة المشترى وفاء، ويستطيع بذلك أن يتملك المبيع إذا لم يرد الراهن، وهو البائع وفاء عند الأجل ما اقترض وسماه ثمنا فى بيع الوفاء[1] وبذلك ييسر بيع الوفاء للمتعاقدين وسيلة سهلة للتحايل على أحكام القانون التى تحظر تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء.

ولذلك تقوم المحاكم بالكشف عن هذا التحايل بالاستعانة بعدة وسائل، كتفاهة الثمن المشترط بالمقارنة للقيمة الحقيقية للشىء، وواقعة إعادة تأجير هذا الشيء على الفور الى المتصرف إليه، أو إعتياد نفس الشخص على البيع وفاء[2].

المبحث الثاني: التصرف الإئتماني

La fiducie

قبل الوقوف على مدى مايحققه التصرف الإئتمانى من ضمان يجب أولا أن نعرض لفكرة التصرف الإئتمانى لبيان كيفية عمل هذا النظام وأهميته.

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٧٨ ص ١٤٩.

(2) com., 24 oct. 1956, B. III, no. 257, Gaz. Pal. 57. I. 128.

المطلب الأول: فكرة التصرف الإئتماني

وللوقوف على جوهر وحقيقة التصرف الإئتمانى يجب أن نرجع الى أصل نشأته وتطوره التاريخى، ثم بعد ذلك نعرض للتعريف بالتصرف الإئتمانى.

أولا - التطور التاريخي للتصرف الإئتماني

ترجع نشأة التصرف الائتمانى فى القانون الرومانى أساسا إلى عدم معرفة هذا القانون، فى مراحل تطوره الأولى، للتفرقة بين الشىء والحق الذى يرد عليه من ناحية، وعدم التفرقة بين حق الملكية وغيره من الحقوق العينية الأصلية من ناحية أخرى.

ومن هنا ظهرت الحاجة الى تصرف معين يحقق عدة أغراض لسد هذا النقص سواء فى قانون الأشخاص أو قانون الأموال. لذلك نجد أن القانون الرومانى قد عرف نوعين من التصرف الإئتمانى. التصرف الإئتمانى على سبيل الأمانة Fiducia cum amico. والتصرف الإئتمانى على سبيل الضمان fiducia cum creditore[1].

وقد إستخدم التصرف الإئتمانى ليؤدى الأغراض التى تقوم بها الوديعة والعارية فى القوانين الحديثة وذلك عن طريق التصرف الإئتمانى على سبيل الأمانة. وكذلك استخدم لتحقيق الوصية التى يطلق عليه mancipatio familioe.. وغير ذلك من الاستخدامات للتغلب على القوالب والمبادىء الجامدة فى القانون الرومانى[2].

---

(١) انظر فى تفصيل أكثر أحمد ابراهيم حسن، التصرف الائتمانى أو نقل الملكية على سبيل الضمان فى القانون الرومانى، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٩٠، ص٥ ومابعدها.

(٢) أنظر ch. Larroumet, la fiducie inspirée du trust, D. 1990, chr. 119.

وفى مجال قانون الأموال قد لعب التصرف الإئتمانى على سبيل الضمان دورا هاما باعتباره أول نوع من أنواع التأمين العينى الذى ظهر فى القانون الرومانى. وذلك لأن العقلية القانونية وكذلك الصياغة القانونية لم تكن قد ارتقت بعد الى حد الفصل بين الملكية والحيازة. فقد كان حق الملكية يختلط بالشىء الوارد عليه وبالتالى كان النظر الى الملكية على إعتبار انها السيطرة المادية على الشىء أكثر من كونها حق ولذلك كان من المتعذر فصل الملكية عن الحيازة، وأصبح من المحتم أن من تنتقل اليه السيطرة المادية على الشىء يكون مالكا له[١].

وقد كان التصرف الإئتمانى على سبيل الضمان فى القانون الرومانى يتمثل فى قيام المدين بنقل ملكية الشىء الى الدائن بالطرق العادية لنقل الملكية فى القانونى الرومانى la mancipatio ou l'in jure cessio مع التزام الدائن بمقتضى الاتفاق الائتمانى pactum fiduciae بإعادة نقله للمدين مرة أخرى عند وفائه بالدين المضمون.

فى القوانين الحديثة لم يختف التصرف الإئتمانى على سبيل الضمان بل قد أصبح هذا التصرف الذى يسمى فى القانون الالمانى Sicherungstreuhand أكثر التأمنيات العينية الواردة على منقول شيوعا بالرغم من غياب التنظيم التشريعى له فى هذا القانون[٢].

كما أن القانون الفرنسى الحديث قد عرف بعض التطبيقات المحدودة

---

(١) قارن أحمد حسن، المرجع السابق، ص ١٠ وإنظر فى الاسباب الأخرى التى أدت الى ظهور هذه الوسيلة من التأمين العينى في العصور القديمة ص ٩ ومابعدها.

(2) C. Witz, la fiducie sûreté en droit français, in l'évolution du droit des sûretés, Rev. jur. com. févr 1982, 67.

لهذه الفكرة[١]. وكذلك النظم الانجلو امريكية قد عرفت ايضا نظاما مشابها للتصرف الائتمانى يطلق عليه اسم le Trust [٢].

لكن ماهو المقصود بالتصرف الإئتمانى فى القوانين الحديثة؟ وما هى مزاياه بالمقارنة للرهن الحيازى وما هو الفرق بينه وبين بيع الوفاء؟ هذا هو موضوع الفقرة التالية.

ثانيا: التعريف بالتصرف الإئتماني

ونقصد بذلك معرفة ما إذا كان التصرف الائتمانى قد إحتفظ بنفس خصائصه وسماته التى كانت له فى القانون الرومانى. وهل مازالت هناك حاجة له رغم إفتقاد هذا التصرف لعله وجوده بظهور التأمينات فى القوانين الحديثة. هذا ما سنعرض له فى الفقرات التالية.

١- ماهية التصرف الإئتماني وخصائصه

التصرف الإئتمانى عقد بمقتضاه يتصرف شخص الى آخر فى مال معين على سبيل الضمان لحق معين على أن يلتزم المتصرف اليه بنقل ملكية هذا المال مرة أخرى الى المتصرف إذا لم يكن هناك محل على الاطلاق لعمل هذا الضمان[٣].

(1) C. Witz, la fiducie en droit privé français, th. Strasbourg, préface D. Schmidt, Economica 1980.

(2) Ch. Larroumet, op.cit., no. p.119.

(3) C. Witz, rapport précité, P. 67.

قارن التعريف الوارد في نص المادة ٢٠٦٢ من مشروع القانون الذي يهدف إلى تضمين الكتاب الثالث من التقنين المدنى الفرنسى عنوان خاص بالتصرف الائتمانى فى المواد ٢٠٦٢ ومابعدها. هذا التعريف الوارد في المشروع يمكن أن يتفق مع التصرف الائتمانى المعروف فى القانون الرومانى، ومع ذلك هناك نصوص أخرى فى المشروع لا يمكن فهمها إلا علي ضوء Le Trust المعروف فى القانون الانجليزى.فقد عرف المشرع التصرف الائتمانى بأنه «عقد ينتقل بمقتضاه مجموعة من الأموال من ذمة

=

وقد ظهرت الحاجة الى نقل الملكية على سبيل الضامن بعد ما تعرضت التأمينات العينية لعدة إنتكاسات. ويعتبر ظهور التصرف الإئتمانى وسيلة لمواجهة الحاجة الى ضمان قوى لا يعرض صاحبه للمخاطر التى يتعرض لها صاحب التأمين العينى فى حالة إفلاس المدين فى الوقت الحاضر في تشريعات بعض الدول. وقد كان ذلك هو السبب ايضا وراء ظور وسائل اخرى الى جانب التصرف الائتمانى لا تعتمد على نقل الملكية ولكن اعتمدت على الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان لتحيق نفس الأهداف ايضا على النحو السابق بيانه[1].

ويتميز التصرف الإئتمانى كوسيلة للضمان على الرهن الحيازى الوارد على القيم المنقولة بالذات من حيث وسائل تنفيذ الضمان وكذلك من حيث ممارسة حق التصويت الذى تعطيه الأسهم[2].

= المتصرف الائتمانى Constituant إلى ذمة شخص آخر هو المتصرف إليه الائتمانىFiduciaire والعقد يحدد السلطات المقررة للمتصرف إليه الائتمانى على هذه الأموال. وعلى المتصرف الائتمانى أن يحتفظ بهذه الأموال كمجموع مستقل فى ذمته بعيدا عن أيدى دائنيه الشخصيين. انظر فى ذلك-Ch. larraumet, La fiducie inspiré du trust, D. 1990, chr 119; ch. Pisants la fiducie, Rep. Not. 1990. I . 535 art 34772; M. Grimaldi, la fiducie réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacré,Rep. Not. 1991. I. 897, art. 35085 et 1991. I. 961 art. 35094; M. Cantin. cuimyn, l'avant - projet - de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre - atlantique. D. 1992. chr. 117.

(١) أنظر فى هذا الربط بين هذه الوسائل.
J. Derruppé, de la fiducie au crédit - bail, Ed., Ellul, P.U.F. 1983, P. 449 - 457.

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك: C. Witz, Thèse précitée, no. 208 et s.

٢- تمييز التصرف الإئتماني عن بيع الوفاء

إذا كان الهدف النهائى من كل منهما واحدا وهو نقل الملكية على سبيل الضمان، إلا أن هناك فروقا جوهرية بينما فى الوسائل الموضوعة لادراك هذا الهدف.

فى بيع الوفاء نجد أن جميع أركان عقد البيع مجتمعة من رضاء المتعاقدين والمبيع والثمن، كل ما هنالك أن هذا البيع معلق على شرط فاسخ هو رد البائع الثمن وملحقاته.

أما التصرف الائتمانى لاشأنه له بالبيع لأن المتصرف اليه لم يدفع أى ثمن ولكن نقل الملكية يتم على سبيل الضمان، أى فى مقابل منح الإئتمان للمدين الائتمانى. كقرض يمنحه المتصرف اليه. ولذلك لا يعتبر الثمن ركنا جوهريا فى التصرف الائتمانى. وعلى هذا فان منح الضمان فى التصرف الائتمانى يتم بوسيلة مستقلة ومنفصلة عن رابطة الالتزام على عكس بيع الوفاء الذى يتضمن فى ذاته العملية الإئتمانية ووسيلة ضمانها(١). ولهذا فإن التصرف الإئتمانى أقرب الى التأمينات العينية منه إلى البيع. وكذلك فإن التصرف الائتمانى لا يتضمن اى حد أقصى للمدة التى يصح فيها الاسترداد كما هو الشأن فى بيع الوفاء.

فالتصرف الإئتمانى يعتبر عملية فى غاية القدم، وكانت العلة من وجودها أساساتحقيق الضمان اللازم للدائن ولذلك فهو يعتبر الاساس لكل التأمينات العينية(٢). ولذلك نجد الالتجاء الى التصرف الائتمانى كان نادرا نتيجة لتطور الوسائل القانونية والفنية التى تحقق نفس الغرض وبطريقة

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك المقدمه ص ٩ ، ١٠

(2) J. Derruppé, op.cit.

أفضل، كالرهن الحيازى والرهن الرسمى(١)، إلى أن حدثت تطورات جديدة جعلت التصرف الائتمانى محل إهتمام فى التشريعات الحديثة(٢).

وقد ترتب على الاختلاف فى الطبيعة بين بيع الوفاء والتصرف الإئتمانى بروز إختلافات جوهرية فى أنظمتها القانونية. كما سنرى فى الفقرة التالية.

المطلب الثاني - مدي مايحققه التصرف الائتماني من ضمان

ونعرض فى هذا المطلب لنقل الملكية على سبيل الضمان، ثم ندرس تطبيقا حديثا للتصرف الائتمانى فى القانون الفرنسى لنقف على مزايا هذه الوسيلة فى الضمان.

أولا: نقل الملكية علي سبيل الضمان

يترتب على التصرف الائتمانى نقل ملكية الشىء الى المتصرف اليه. لكن نقل الملكية فى هذا التصرف ليس مقصودا فى ذاته وإنما لتحقيق غاية أخرى وهى الضمان. وقد إنعكست هذه الطبيعة على أحكام التصرف الائتمانى ذاتها.

وهذه الطبيعة الخاصة للتصرف الائتمانى تؤدى الى التساؤل عما إذاكان يعتبر حق ملكية الشيء الناشيء عن التصرف الائتمانى مختلفا عن حق الملكية فى شكله العادى؟

السبب فى هذا التساؤل أن ملكية الدائن لا تصبح ملكية باتة ونهائية إلا إذا تخلف المدين عن الوفاء بما عليه من دين أو لم ينقض هذا الدين بأى سبب من أسباب الانقضاء الأخرى. أما فى غير ذلك من الحالات فإنه يجب أن

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op.cit., no. 753.

(2) C. Witz, Thèse, précitée et rapport précité; ch.Larroumet, op.cit.

تعود ملكية الشيء محل التصرف الائتمانى الى المدين مرة أخرى بمقتضى الالتزام بالرد الناشيء عن هذا التصرف[١].

فى الواقع أن حق الدائن الائتمانى فى ملكية الشيء محل التصرف الائتمانى لا يختلف عن الصورة العادية لحق الملكية، كل ماهنالك أن المالك الائتمانى يكون مقيدا فى ممارسة حقه بالالتزامات الناشئة عن الاتفاق الائتمانى. ويرجع عدم استقرار حق الملكية للدائن الى أن الملكية خرجت عن وظيفتها الرئيسية باعتبارها حقاً عينياً أصلياً مقصود فى ذاته ولذاته لتقوم بدور التأمين وتأخذ صفة الحق العينى التبعى. ولذلك أصبح مصير حق الملكية مرتبطا بالوفاء بالدين المضمون.

ويترتب على التصرف الائتمانى أن يصبح الدائن الائتمانى مالكا للشيء محل التصرف ويستطيع أن يتصرف فيه للغير ويكون هذا التصرف نافذا فى حق المدين الذى فقد كل حق عينى على الشيء. لكن إذا قام المدين بالوفاء بالتزامه بعد ذلك فإن الدائن لا يستطيع ان يرد اليه الشيء محل التصرف الائتمانى وبالتالى يصبح مسئولا أمام المدين.

فمصدر قوة التصرف الائتمانى تكمن فى أن الدائن الائتمانى لم يعد يخشى أى شيء على حقه ولكن اصبح المدين هو الذى يخشى عدم استطاعته استرداد الشيء محل التصرف الائتمانى فالدائن يقع على عاتقه مجرد التزام شخصى بالرد ناشيء عن التصرف الائتمانى. هذا الالتزام التزام بعمل عند عدم تنفيذه يتحول الى دفع مبلغ من النقود على سبيل التعويض[٢].

---

(١) أنظر فى إنقسام فقهاء القانون الرومانى حول تحديد طبيعة هذا الحق، أحمد حسن، المرجع السابق، ص ٧٤.

(2) J. Derruppé, op.cit., p. 450 et 451.

وفى حالة إفلاس المدين فان الدائن لا يخشى شيئا حيث أن الشىء محل التصرف الائتمانى قد إنتقلت اليه ملكيته ولم يعد يدخل فى الضمان العام للمدين ولم يتعلق به حقوق الدائنين، وبالتالى لا يتعرض الدائن لأى مزاحمة من أحد. فالملكية هنا تمثل ضمانا قويا ضد مخاطر إعسار أو إفلاس المدين.

ثانيا: تطبيق حديث للتصرف الائتماني في القانون الفرنسي

فى فرنسا قد ظهر التصرف الائتمانى فى نطاق المعاملات المصرفية خاصة عندما يكون محل الضمان حقا من الحقوق الشخصية. ويرجع تطور التصرف الائتمانى فى هذا المجال الى التعقيدات وعدم الفعالية للرهن الحيازى للديون، حيث أن هذا الرهن يستلزم العديد من الشكليات حتى ينفذ فى حق الغير، كما أنه يثير العديد من الصعوبات عند التنفيذ بحق الدائن. فمثلا لا محل للبيع بالمزاد، كما أنه لا يتصور الحق فى الحبس بالنسبة للرهن الحيازى للدين لتخلف السيطرة المادية على الحق حيث أن الحق محل الرهن معنوى وليس شيئا ماديا. كما أن تنفيذ الرهن الحيازى يتم عن طريق الوفاء للدائن المرتهن من جانب المدين فى الدين المرهون. ويكفى فى هذ الحالة أن يتلقى وكالة أو إنابة. مع العلم بأن الأمر هنا لا يتعلق بشرط تملك الشىء المرهون عند عدم الوفاء حيث الدائن المرتهن سيقوم بخصم حقه من المبلغ الذى تلقاه ويعيد الباقى الى مدينه. لكن الوكالة تكون عديمة الجدوى فى حالة إفلاس الموكل، أى فى الوقت الذى ستكون فائدتها كبيرة. كما أن الدائن المرتهن للدين يمكن أن نفضل عليه دائن آخر من حيث لا يدرى، كما لو كان هناك دائن صاحب دعوى مباشرة قد رفعها ضد المدين فى الدين المرهون.

ولتجنب هذه الصوبات فى الرهن الحيازى للدين فان القانون الجديد قد طور اشكالا اخرى للضمان الوارد على الدين، وبصفة خاصة التنازل الائتمانى، والذى يعطى الدائن حق الملكية على الدين محل الضمان، وبالتالى فإنه لا يتعرض لمخاطر إفلاس المدين، كما أن تنفيذ هذا الضمان يجنبه التعقيدات التى يصادفها بصدد الرهن الحيازى[1].

وبذلك يمتاز التصرف الائتمانى عن الرهن الحيازى وعن حوالة الحق العادية ليس فقط من حيث الشكل ولكن ايضا من حيث الآثار.

فبينما الرهن الحيازى لا يكسب للدائن ملكية الحق المرهون، نجد على العكس أن التصرف الائتمانى يخول للمتصرف اليه الائتمانى حق الملكية الفورى والحال والذى يجنبه مزاحمة باقى الدائنين، وبصفة خاصة أصحاب الدعاوى المباشرة ضد المدين بالدين محل التصرف، كما أنه بالنسبة للحوالة الناقلة لملكية الدين نجد أن المحال له يدفع ثمنا لكى يكتسب ملكية الحق بينما فى التصرف الائتمانى لايوجد ثمن لأنها وسيلة ضمان وليست بيعا.

وقد سمح قانون ديلى فى ٢ يناير ١٩٨١ والذى تم تعديله بقانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ بوسيلة وحيدة ومبسطة لجعل الديون المهنية الحاضرة والمستقبلة أداة ائتمان سواء، برهنها رهنا حيازى أو بالتنازل عنها. فى العمل قد تم إستعمال التنازل وحده، بسبب مايحققه من مزايا عديدة (م١/١).

والقانون الجديد قد بين أن التنازل ينقل ملكية الدين المتنازل عنه الى المتنازل له حتى ولو كانت على سبيل الضمان وبدون اشتراط أى ثمن

(1) C.Witz, rapport précité, p. 68 , Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit., no. 529, p.171.

(م١/١) وحق الملكية نافذ فى مواجهة جميع الدائنين الآخرين للمدين بالدين المتنازل عنه حتى ولوكانوا دائنين ممتازين.

ووسيلة التنازل هذه تعتبر وسيلة سهلة وفعالة. فالديون المتنازل عنها يتم حصرها فى قائمة تعطى للمتنازل له. وينبغى أن تعين تعيينا ذاتيا(م١). ولكن إذا تم التحقق منها عن طريق بيان مرفق الكمبيوتر، فان القائمة يمكن أن تقتصر على الإشارة الى عددهم والى مبلغهم الاجمالى. والشكلية الوحيدة المتطلبة تتمثل فى أن يذكر بصفة الزامية أنه تصرف على سبيل التنازل عن الديون المهنية أو تصرف على سبيل الرهن للديون المهنية والإشارة الى قانون ٢ يناير ١٩٨١.

هذا التنازل له فعاليته القانونية بين الأطراف كما أنه يعتبر نافذا فى حق الغير اعتبارا من التاريخ المكتوب على القائمة والذى لا يشترط فيه أن يكون ثابتا (م٢ ق ٢٤ يناير ١٩٨٤) وفى حالة المنازعة فان صحة التاريخ يمكن أن تثبت بكافة طرق الاثبات[1].

كما أن إعلان المدين بالدين المتنازل عنه ليس شرطا للاحتجاج. من الناحية العملية يمكن إلا يخطر هذا المدين، وبالتالى يمكن أن يقوم بالوفاء بين أيدى المتنازل، والذى يكون قد تلقى وكالة من المتنازل له لكن الاعلان يسمح بالنسبة للمستقبل تجنب آثار إفلاس المتنازل. ويمكن لمؤسسة الائتمان أن تمنع من الوفاء للمتنازل عن طريق اخطار يتم بكافة الطرق (art. 5 et D.9 sept. 1981 art 2).

أما بالنسبة للقبول من جانب المدين فى الدين المتنازل عنه يمكن أن

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, op.cit., no. 530, p. 172.

يكون متطلبا ولكنه ينتج آثار ا أكثر قوة من قبول المدين المحال عليه فى حالة حوالة الحق (م٣٠٥ مدنى مصرى ٦٩٠ مدنى فرنسى) فانه يترتب على هذا القبول اثار كالتى تترتب على قبول المسحوب عليه فى الكمبيالة. هذا القبول يعادل الالتزام بالدفع والتنازل عن الدفوع التى كان يستطيع المتنازل عليه أن يدفع بها فى مواجهة المتنازل (م٦)[1].

نجاح التنازل عن الحق عن طريق قائمة ديلى يرجع فى نفس الوقت الى البساطة فى الإجراءات والفعالية. فكما يصبح البنك صاحب للحق منذ لحظة التنازل، وتاريخ القائمة يحتج به فى مواجهة الغير دون استلزام أى شكلية، فإنه لا يتعرض ايضا لمزاحمة صاحب الدعوى المباشرة المرفوعة على المتنازل عليه لأنه لم يعد مدينا للمتنازل وقت مباشرة هذه الدعوى. كما أن هذا التنازل يحتج به على بنك المتنازل الذى تلقى منه أمر بنقل مبلغ معين عن طريق القيد، فقد التنازع بين الدائن صاحب شرط الاحتفاظ بالملكية والذى يمارس حقه على ثمن إعادة البيع الذى حل محل الشىء والمتنازل له بالحق فى هذا الثمن قد حسم لصالح الأول وذلك لأن المتنازل له اكتسب الحق محملا بحق المطالبة به[2].

وهكذا نجد أن قائمة ديلى فى النطاق المهنى تؤدى الى احتضار الرهن الحيازى التقليدى وتنافس بشدة الخصم[3].

الخلاصة:

بالرغم مايحققه التنازل الائتمانى عن الدين من مزايا إلا انه يتمخض فى

---

(1) Pau, 19 déc. 1984, D. 1985, I.R. note Cabrillac.

(2) Dijon, 9 sept. 1987, D. 1988, 44, note appr. F. Zenati; Paris, 3 fév. 1988, D. 1988, I.R. 84, infirmant T. com. Paris, 16 Janv. 1987, D.1988, Som. 65, note appr. F. Derrida, contra. T. Com. Nanterre, 12 déc. 1986, Banque 1987. 198, note appr. J.L. Rives. Lange.

(3) Ph. Malaurie, L. Aynès, Les sûretés, op.cit., 530, p. 173.

النهاية عن حق شخصى فى مواجهة المدين المتنازل عليه ولذلك فان التفرقة بين التنازل الائتمانى والرهن الحيازى لدين تصبح فى الواقع تفرقة مصطنعة فى هذا الصدد بالذات[1]. ولكن تبقى تفرقة قائمة بين التنازل عن الحق على سبيل الضمان والخصم.

اما بالنسبة للتصرف الائتمانى الوارد على الأموال المادية فان العمل والفقه لديهم تحفظات كثيرة عليه. ففى مجال العقار نجد أن الرهن الرسمى مازال التأمين العينى الاتفاقى الفعال، وبالتالى فان التصرف الائتمانى لم يستعمل أو استعمل فى شكل بيع وفاء. وذلك بسبب تكلفته الضريبية العالية وما يترتب عليه من تبديد لائتمان المدين اما فى مجال المنقول المادى فان التصرف الائتمانى لم يستعمل ايضا كثيرا. فاذا كان التصرف الائتمانى يفضل الرهن الحيازى[2] إلا أن هناك الرهن الحيازى بدون نقل الحيازة وكذلك الرهون الرسمية لمنقولات ذات الطبيعة الخاصة.

واذا كان تنفيذ الضمان فى التصرف الائتمانى اسهل، وذلك نتيجة حصول الدائن على حقوقه بطريقة ميسرة إلا أن هذا يبدو مع ذلك وهميا خاصة إذاكان المال محل التصرف مازال بين يدى المدين، وهذا مايحدث غالبا، حيث أنه يستطيع ان يتصرف فى الشىء الى الغير الذى يمكن أن يتمسك بحق ملكيته طبقا لقاعدة الحيازة فى المنقول بحسن نية سند الحائز وخاصة عند عدم توافر وسيلة شهر مناسبة علاوة على المحاذير الأخرى التى تنشأ عن استخدام الملكية كوسيلة للضمان[3].

---

(١) انظر فى هذا الصدد قانون ٢ يناير ١٩٨١ المسمى بقانون ديلى، والذى ينص على التنازل والرهن الحيازى للحقوق المهنية دون تفرقة بينهما:

M. Vasseur, L'application de la loi Dailly D. 1982 ch. 273

(2) C. Witz, thèse précitée, no. 210 bis et 217 .

(3) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op.cit., no. 753, p. 235.

الخاتمة

إتضح لنا من خلال العرض السابق أن تطور الصياغة القانونية والوسائل الفنية قد بلغ ذروته خلال ردح من الزمان واستقر عند نقطة الثبات فى نطاق قانون التأمينات. ثم ما لبث أن هبت رياح التطور على أنظمة التأمينات. فوجدنا أن الرهن الرسمى لم يعد يقتصر على العقارات بل إمتد إلى المنقولات ذات الطبيعة الخاصة التى يمكن تعيينها تعيينا ذاتيا، وأن الرهن الحيازى إتسع نطاقه لم يعد يستلزم، فى بعض الحالات، نقلا للحيازة.

وقد ترتب على جمود الصياغة الفنية لنظم التأمينات، وكذلك التطور الذى لحق بعض الأنظمة المرتبطة بها، كالافلاس، فقد هذه التأمينات لفعاليتها فى تحقيق ضمان أكيد للدائن. ولذلك فان قانون التأمينات وقف عاجزا عن استيعاب موجات التطور المتلاحقة فى مجال الحاجة الماسة الى ضمانات قوية وفعالة. مما أدى الى أن ولى الدائنون وجوهم شطر قانون الالتزامات وقانون الأموال لتوظيف بعض وسائلهم التقليدية أو إبتداع وسائل جديدة لإشباع هذه الحاجة العصرية للضمان. وقد كانت السمة الغالبة لهذه الوسائل البساطة فى إنشائها وكيفية تنفيذها، علاوة على قلة تكفلتها وفعاليتها.

وقد كان من أثر هذه التطورات فى مجال قانون الأموال أن عادت القوانين الحديثة، كما كان الشأن فى القوانين القديمة، الي الحيازه والملكية فى نطاق الضمان، هذا يترجم في الواقع الحاجة العصرية الماسة للضمان ويكشف عن قصور نظم التأمينات فقد لجأ الدائن، فى الوقت الحاضر، فى

سبيل بحثه عن ضمان قوى يوقيه خطر إعسار المدين وإفلاسه، إلى توظيف الملكية كوسيلة للضمان. وقد كان وسيلته فى ذلك إما الاحتفاظ الملكية على سبيل الضمان، كشرط الاحتفاظ بالملكية، والإيجار الائتمانى، والبيع الايجارى، والايجار المقترن بوعد بالبيع، وإما بنقل الملكية على سبيل الضمان، كبيع الوفاء، والتصرف الائتمانى.

وفى هذا الصدد قد وجدنا أن الملكية قد خرجت عن وظيفتها الأصلية، كحق عينى أصلى مقصود فى ذاته ولذاته، لما يخوله من إستئثار بالمنافع الاقتصادية للشيء، لتؤدى وظيفة أخرى وهى الضمان. وقد ترتب على ذلك عدم وضوح الأحكام المطبقة فى هذا الصدد. ولذلك نقترح مايلى:

١- ضرورة تنظيم المشروع المصرى لشرط الاحتفاظ بالمكية تنظيما تفصيليا، على غرار القوانين الحديثة، لتحقيق الأهداف الاقتصادية والقانونيه من وراء اشتراط هذا الشرط. كذلك تنظيم وسائل شهر وعلانية لهذا الشرط لتحقيق الحماية اللازمة للغير .

٢- ضرورة تنظيم المشرع المصرى لعقد الايجار الائتمانى وكذلك عقد البيع الايجارى وعقد الايجار المقترن بوعد بالبيع تنظيما يراعى فيه الطبيعة الخاصة لهذه العقود وما تحققه من أهداف اقتصادية بالإضافة الى تحقيق الحماية اللازمة للاطراف وللغير.

وعلى ذلك يجب إلغاء الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ مدنى والتى تنص على سريان أحكام البيع بالأجل او بالتقسيط على عقد اليبع الإيجارى لاختلاف الأهداف الاقتصادية والقانونية لكل من العقدين على النحو السابق بيانه.

٣- فى النهايه يمكن أن نقرر أن العلة من تقرير بطلان بيع الوفاء غير

واضحة[1]. كما أنه لم يترتب على النص على مشروعيته وتنظيمه الاضرار التى توقعها واضعو التقنين المدنى الجديد[2] فى البلدان التى مازالت تأخذ به كفرنسا ولبنان. أما بالنسبة للتصرف الائتمانى فانه يستجيب الى حاجات اقتصادية مشروعه ويخضع لمبدأ الحرية التعاقدية وتطبق المبادى العامة عليه

ويمكن الاستفادة من هذه الوسيلة فى تحقيق الضمان فى نطاق الديون بصفة خاصة حيث أنه قد ثبت جدواها وسهولتها وفعاليتها عن الرهن الحيازى فى هذا المجال على النحو السابق بيانه.

تم بحمد الله وفضله

---

(١) انظر فى اختلاف الرأى حول الغائه السنهورى، الوسيط جـ٤، المجلد الأول، البيع والمقايضة فقرة ٨٦ ص ١٦٤.

(٢) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية، ٤ ص ١٧٨، ١٧٩.

قائمة المراجع العربية والأفرنجية

أولا: المراجع العربية

١- المراجع العامة

- حسن كيرة، أصول القانون المدنى، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، أحكام حق الملكية، طبعة أولى ١٩٦٥ .
- شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات فى القانون المدني الجديد، الطبعة الثانية ١٩٥٩ .
- عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد، جزء ٢ ، الاثبات وآثار الالتزام، ١٩٥٦ دار النشر للجامعات المصرية .
  - جزء ٨، حق الملكية، مع شرح مفصل للأشياء والأموال، ١٩٦٧ ، الناشر دار النهضة العربية .
  - جزء ٩ أسباب كسب الملكية مع حق الانتفاع وحق الارتفاق، ١٩٦٨ ، نفس الناشر.
  - جزء ١٠ التأمينات الشخصية والعينية، ١٩٧٠ نفس الناشر.
- على البادرودى، القانون التجارى، الاوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الافلاس، منشأة المعارف ١٩٧٥ .
- مصطفى كمال طه، القانون التجارى، مقدمة، الاعمال التجارية والتجار، الشركات التجارية، الملكية الصناعية، منشأة المعارف ١٩٨٤ .
- القانون التجارى، الاوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الافلاس، دار المطبوعات، الجامعية ١٩٨٦ .
- نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، ١٩٨٢ .

٢- المراجع المتخصصة والابحاث:

- أحمد إبراهيم حسن، التصرف الائتمانى أو نقل الملكية على سبيل الضمان فى القانون الرومانى، مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٩٠ .
- نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، منشأة المعارف ١٩٨٥ .

ثانيا: المراجع الاجنبية

1. Ouvrages généraux:

- Ch. Atias, Droit civil, les biens, vol.I. 1980.
- J. Carbonnier, Droit civil, les obligations. P.U.F., 1979.
- Centre de droit de l'entreprise, la clause de réserve de propriété, Paris 1980.
- G. Cornu, Droit civil, introduction, les personnes et les biens, 1e éd 1980.
- J. Ghestin, Traité de Droit civil, les obligations, le contrat, L.G.D.J. 1980.
- Y. Guyon, Droit commercial, (procédures collectives) Hamel, Lagarde, et Jauffret, Droit commercial, t. II. 1966.
- Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, les obligations, éd cujas , 1985.
  les sûretés, Droit du crédit, 2e éd. Cujas. 1988.
- G. Marty, P. Raynaud, Droit Civil, t.III., 1e volume, les sûretés, la publicité foncière, Sirey 1971.
- H.L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, obligations, t. II, I vol par Fr. Chabas. 6e éd. 1978. t. III, 2 vol. 6e éd. 1983.

- Ripert et Boulanger, Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol, t.III.

- Ripert et Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, L.G.D.J. 9e éd. 1981.

II- Thèse et ouvrages spéciaux et cours

- Ch. Atias, le transfert conventionnel de propriété immobilière, Th. Poitiers, 1974, dacty.

- Y. Loussouarn, le transfert de propriété par l'effet des contrats, Cours doctorat, Paris 1969 - 1970.

- Cl. Witz, la fiducie en droit privé français, Th. Strasbourg, préface D. Schmidt, Economica, 1980.

III- Articles, Rapports

- Acquaviva et Barat, la clause de réserve de propriété en droit des affaires, l'actualité fiduciaire oct, 1980.

- L. Aynès, les garanties, du financement, Rapport de synthèse présenté au 82e congrès des notaires, 1980, Defrénois 1986.

- E.M. Bey, la propriété, le crédit envisagé comme une sûreté, in l'évolution du droit des sûretés, Rev. Jur. com. févr. 1982.

- Ph. Delebecque, les sûretés dans les nouvelles procédures collectives, J.C.P.N. 1986, I. 185.

- Les gananties du crédit au consommateur, in ouvrage - collectif, le droit du crédit consommateur LITEC, 1982.

- J. Derruppé, de la fiducie au crédit bail, Et. Ellul, P.U.F. 1983, 449-

- G. Durry, Hypothèque et assurance, Rev. de juris. com. numéro spécial l'évolution du droit des sûretés, févr. 1982.

- Fargeaud, le fichier au casier commercial, Rev. trim. dr. com. 1965.

- Garcin et Thieffry, la clause de réserve de propriété serait-elle déjà pleinement valable en france ou le sera- t-elle bien tôt? Gaz Pal 1980. I. 193.

- C. Gavalda, les aspects bancaires de la clause de réserve de propriété in actualité de droit de l'entreprise, t. 12. 1982.

- J. Ghestin, La clause de propriété, Rapport de droit civil, in actualité de droit de l'entreprise, t. 12 1982.

  - Rapport de synthèse , ibid.

- A. Ghozi, Nautre Juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété, D. 1980, chr. 317.

- Y. Guyon, le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur, considéré comme sûreté, Rev. de juris, comm. Févr. 1982.

- J.B. Heinrich, la vente à réméré d'obligation, J.C.P.N. 1985.I. 275.

- Juan Antonis cremades, rapport espagnol, in colloque de Tours 1980 éd Moniteur 1981.

- Mme Juan, conseils pour la rédaction d'une clause de réserve de propriété, D.1981, chr. 1

- P. Kayser, Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles, Mélanges Marty, Toulouse 1978.

- P. Lancereau, les contrats de loaction - vente et de location assortis d'une promesse de vente, et la loi du 13 juillet 1979, Rev. dr. immob. 1980.

- Ch. Larroumet, la fiducie inspirée du trust, D. 1990, Chr. 119.
- J. Ph. Lévy. coup d'œil historique sur les sûretés réelles, Rev. d'historie du droit 1987.
- M. Pédamon, la réserve de propriété en droit. Allemand et en droit français, in rev. jur. com. numéro spécial fév. 1982.
- Du Pontavic, intérêt et limites de la clause de réserve de propriété dépuis la loi du 12 mai 1980, Banque, nov. 1980.
- J. Stoufflet, vente avec réserve de propriété, utilisation de la réserve de propriété pour la garantie d'un crédit acheteur, in actualité de droit de l'entreprise, t. 12, 1982.
- R. Tendler, l'antichrèse, mythe ou réalité? D. 1989, chr. 143.
- D. Von Breitenstein, la clause de réserve de propriété et le risque d'une perte fortuite de la chose vendue, Rev. trim - dr. com. 1980. 43.
- Cl .Witz, la fiducie, Sûrété en droit français,in l'évolution du droit des sûretés, Colloque Deauville, Rev. Jur. Com. 1982.
- La fiducie en droit privé francais, thèse strasbourg, préface D. Schmidt, Economica, 1981.

فهرس

الموضوعات

الصفحة

بطاقة الفهرسة

سعد ، نبيل ابراهيم
الملكية كوسيلة للضمان / نبيل ابراهيم سعد
ط ١ – الإسكندرية
دار الجامعة الجديدة ـ ٢٠٠٦
١٤١ صفحة، ١٧ X٢٢
ردمك : ٩٧٧-٣٢٨-٢٣٣-٣
١ـ الملكية (قانون)   ٢ـ حق الملكية
٣ ـ الحيازة
أـ العنوان   ٣٤٦,٠٤

رقم الإيداع : ٢٠٠٦/٥٤٨٧
ردمك : ٩٧٧-٣٢٨-٢٣٣-٣